

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO**



**TESIS DOCTORAL**

**El régimen fiscal de los establecimientos permanentes de entidades financieras  
en España**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA**

**PRESENTADA POR**

**Amelia Maroto Sáez**

Director

Fernando Serrano Antón

**Madrid, 2015**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Financiero y Tributario**



**TESIS DOCTORAL**

**EL REGIMEN FISCAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS  
PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS EN ESPAÑA.**

**AMELIA MAROTO SÁEZ**

**DIRECTOR: PROF. DR. D. FERNANDO SERRANO ANTÓN**

**Madrid, 2014**

# **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

## **FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO



AMELIA MAROTO SÁEZ

Dirección: Prof. Dr. D. Fernando Serrano Antón

Madrid, 2014







## INDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ABSTRACT .....</b>                                    | <b>11</b> |
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>                                 | <b>17</b> |
| <b>I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN.....</b> | <b>17</b> |
| <b>II. OBJETIVO GENERAL DE LA TESIS DOCTORAL.....</b>    | <b>22</b> |
| <b>III. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>           | <b>22</b> |
| <b>IV. CONCLUSIONES.....</b>                             | <b>28</b> |

## **CAPÍTULO 1. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SITUADOS EN ESPAÑA. .... 31**

|  |            |
|--|------------|
| <b>1.1. INTRODUCCION.....</b>  | <b>32</b>  |
| <b>1.2. DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....</b>  | <b>33</b>  |
| 1.2.1. ÁMBITO MERCANTIL. SUCURSAL.....   | 33         |
| 1.2.2. ÁMBITO FISCAL. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....  | 36         |
| 1.2.2.1. NORMATIVA INTERNA .....   | 36         |
| 1.2.2.2. NORMATIVA COMUNITARIA .....   | 38         |
| 1.2.2.3. NORMATIVA CONVENIDA .....   | 38         |
| <b>1.3. APUNTES CONTABLES Y FISCALES SOBRE LAS OPERACIONES<br/>REALIZADAS ENTRE ENTIDADES VINCULADAS.....</b>      | <b>43</b>  |
| <b>1.4. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS<br/>PERMANENTES.....</b>                                       | <b>48</b>  |
| 1.4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....  | 48         |
| 1.4.2. NORMATIVA INTERNA.....  | 51         |
| 1.4.3. NORMATIVA CONVENIDA.....  | 55         |
| 1.4.3.1. VERSION MODELO OCDE, de 17 de julio de 2008.....  | 58         |
| 1.4.3.2. VERSIÓN MODELO OCDE, de 22 de julio de 2010.....  | 63         |
| 1.4.4. TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS DEL ESTABLECIMIENTO<br>PERMANENTE EN EL ESTADO DE LA FUENTE.....                  | 74         |
| <b>1.5. OPERACIONES ENTRE CASA CENTRAL Y ESTABLECIMIENTO<br/>PERMANENTE.....</b>                                   | <b>78</b>  |
| 1.5.1. CLASIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS ENTRE CASA<br>CENTRAL Y ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.....         | 79         |
| 1.5.1.1. OPERACIONES CONSIDERADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA<br>ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LA CASA CENTRAL..... | 79         |
| 1.5.1.2. OPERACIONES CONSIDERADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL<br>OBJETO.....                                       | 87         |
| <b>1.6. CONCLUSIONES.....</b>  | <b>100</b> |

## **CAPÍTULO 2. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS. .... 103**

|   |            |
|---|------------|
| <b>2.1. INTRODUCCION.....</b>   | <b>104</b> |
| <b>2.2. CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SUCURSALES.....</b>  | <b>104</b> |
| 2.2.1. ENTIDADES FINANCIERAS CONSTITUIDAS EN ESPAÑA.....  | 104        |
| 2.2.2. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES DE CREDITO<br>AUTORIZADAS EN ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA..... | 108        |
| 2.2.2.1. NORMATIVA COMUNITARIA.....   | 108        |

|   |                |
|---|----------------|
| 2.2.2.2. NORMATIVA INTERNA. ....  | 110            |
| 2.2.3. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES DE CREDITO<br>AUTORIZADAS EN ESTADOS TERCEROS. ....                            | 113            |
| 2.2.3.1. NORMATIVA COMUNITARIA. ....  | 113            |
| 2.2.3.2. NORMATIVA INTERNA. ....  | 114            |
| <b>2.3. LA ACTIVIDAD DE LA CASA CENTRAL Y LA ACTIVIDAD DEL<br/>ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. ....</b>                             | <b>115</b>     |
| <b>2.4. EL CAPITAL Y SUS FUNCIONES. ....</b>  | <b>119</b>     |
| 2.4.1. FUNCIÓN OPERATIVA O DE EXPLOTACIÓN. ....   | 119            |
| 2.4.2. FUNCIÓN DE GARANTÍA. ....  | 120            |
| 2.4.3. FUNCIÓN CONTABLE. ....   | 121            |
| <b>2.5. EL CAPITAL EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS. ....</b>   | <b>122</b>     |
| 2.5.1. LA <i>RATIO</i> DE SOLVENCIA. ....   | 122            |
| 2.5.2. NORMAS QUE REGULAN LA <i>RATIO</i> DE SOLVENCIA. ....  | 125            |
| 2.5.2.1. NORMATIVA MARCO INTERNACIONAL. ....  | 125            |
| 2.5.2.2. NORMATIVA COMUNITARIA. ....  | 140            |
| 2.5.2.3. NORMATIVA INTERNA. ....  | 147            |
| 2.5.3. RECURSOS PROPIOS COMPUTABLES A LOS EFECTOS DE LA<br>DETERMINACIÓN DE LA <i>RATIO</i> DE SOLVENCIA. ....                  | 158            |
| 2.5.3.1. RECURSOS PROPIOS. NORMATIVA BANCARIA. ....   | 158            |
| 2.5.3.2. RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO MERCANTIL. ....   | 160            |
| 2.5.3.3. RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO CONTABLE. ....  | 161            |
| 2.5.3.4. RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO FISCAL. ....  | 163            |
| 2.5.4. CALCULO DE LOS REQUERIMIENTOS DE RECURSOS PROPIOS<br>MÍNIMOS. ....   | 165            |
| 2.5.4.1. ÁREAS DE RIESGO A CUBRIR. ....   | 166            |
| 2.5.4.2. EJEMPLO PRACTICO DE CÁLCULO DE LOS REQUERIMIENTOS DE<br>RECURSOS PROPIOS MINIMOS. ....                                 | 173            |
| <b>2.6. CONCLUSIONES. ....</b>  | <b>181</b>     |
| <br><b>CAPÍTULO 3. ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO<br/>PERMANENTE. ....</b>                                      | <br><b>185</b> |
| <b>3.1. INTRODUCCION. ....</b>  | <b>186</b>     |
| <b>3.2. ARGUMENTOS QUE AVALAN LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A<br/>EP. ....</b>   | <b>187</b>     |
| <b>3.3. CUANTIFICACION DE LA CIFRA DE CAPITAL LIBRE. METODOS. ...</b>   | <b>198</b>     |
| 3.3.1. MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE CAPITAL. Párrafos 98/105, Parte II Informe<br>OCDE (2010). ....                                  | 199            |
| 3.3.2. MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE CAPITAL ECONÓMICO. Párrafo 106, Parte<br>II Informe OCDE (2010). ....                            | 201            |
| 3.3.3. MÉTODO DE SUBCAPITALIZACIÓN. Párrafos 107/111, Parte II Informe<br>OCDE (2010). ....                                     | 202            |
| 3.3.4. MÉTODO DE <i>SAFE HARBOUR</i> O <i>QUASI</i> SUBCAPITALIZACIÓN. Párrafos<br>112/115, Parte II Informe OCDE (2010). ....  | 204            |
| <b>3.4. ELECCIÓN DE MÉTODO PARA ATRIBUIR CAPITAL LIBRE AL<br/>ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. ....</b>                              | <b>206</b>     |
| <b>3.5. AJUSTE EN CONCEPTO DE INTERESES NO DEDUCIBLES POR LA<br/>UTILIZACIÓN DE CAPITALES AJENOS. ESTADO DE LA FUENTE. ....</b> | <b>208</b>     |
| 3.5.1. EJEMPLO NUMÉRICO. ....   | 211            |



|  |            |
|--|------------|
| 3.5.2. NORMAS DE COBERTURA PARA PRACTICAR EL AJUSTE.....   | 214        |
| 3.5.2.1. NORMAS DE COBERTURA INTERNAS.....   | 214        |
| 3.5.2.2. NORMAS DE COBERTURA CONVENIDAS .....  | 225        |
| <b>3.6. AJUSTE EN EL ESTADO DE RESIDENCIA.....</b>   | <b>235</b> |
| 3.6.1. EJEMPLO NUMÉRICO. ....  | 238        |
| 3.6.2. POSICIÓN DEL ESTADO DE RESIDENCIA ANTE EL AJUSTE<br>PRACTICADO EN EL ESTADO DE LA FUENTE.....   | 242        |
| 3.6.3. NORMAS DE COBERTURA. ....   | 244        |
| 3.6.3.1. NORMAS DE COBERTURA COMUNITARIA .....   | 245        |
| 3.6.3.2. NORMAS DE COBERTURA CONVENIDAS .....  | 247        |
| <b>3.7. AJUSTES MEDIANTE PROCEDIMIENTO AMISTOSO.....</b>   | <b>249</b> |
| 3.7.1. NORMA COMUNITARIA.....  | 249        |
| 3.7.2. NORMA CONVENIDA. ....   | 251        |
| 3.7.3. NORMA INTERNA.....  | 255        |
| <b>3.8. ASIGNACIÓN DE CAPITAL A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES<br/>CUANDO LA SOCIEDAD FINANCIERA AUTORIZADA EN UN ESTADO<br/>COMUNITARIO TIENE SUCURSALES Y FILIALES EN ESTADOS<br/>COMUNITARIOS Y NO COMUNITARIOS. ....</b> | <b>260</b> |
| <b>3.9. EFICACIA TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A<br/>ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES. ¿NUEVO CRITERIO DE<br/>INTERPRETACIÓN? .....</b>   | <b>266</b> |
| 3.9.1. INFORME OCDE (1984), “La imposición de las empresas bancarias<br>multinacionales”.....  | 267        |
| 3.9.2. INFORME OCDE (1993), “La atribución de rentas a establecimientos<br>permanentes”.....   | 271        |
| 3.9.3. NORMA INTERNA.....  | 274        |
| 3.9.4. NORMA CONVENIDA. ....   | 275        |
| 3.9.4.1. MODELO CONVENIO OCDE, Versión (2005).....   | 276        |
| 3.9.4.2. MODELO CONVENIO OCDE, Versión (2008).....   | 277        |
| <b>3.10. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA Y PRONUNCIAMIENTOS<br/>DE TRIBUNALES DE JUSTICIA. ....</b>   | <b>280</b> |
| 3.10.1. ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. ....  | 280        |
| 3.10.1.1. ACTUACIONES DE COMPROBACIÓN. ....  | 280        |
| 3.10.1.2. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y DE JUSTICIA.....  | 282        |
| 3.10.1.3. ACUERDOS PREVIOS DE VALORACIÓN. ....   | 288        |
| 3.10.1.4. PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS.....  | 290        |
| <b>3.11. CONCLUSIONES.....</b>   | <b>294</b> |

#### **CAPÍTULO 4. EXPERIENCIA DE ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS Y DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL DERECHO COMPARADO.....**

|   |            |
|---|------------|
| <b>4.1. INTRODUCCIÓN.....</b>                         | <b>299</b> |
| <b>4.2. ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b> | <b>300</b> |
| 4.2.1. DINAMARCA. ....                                | 300        |
| 4.2.2. FRANCIA.....                                   | 302        |
| 4.2.3. PAISES BAJOS.....                              | 305        |
| 4.2.4. REINO UNIDO. ....                              | 313        |
| 4.2.5. BELGICA.....                                   | 316        |

|   |     |
|---|-----|
| 4.2.6. PORTUGAL.....                                | 320 |
| <b>4.3. ESTADOS TERCEROS.</b> .....                 | 324 |
| 4.3.1. ESTADOS UNIDOS. ....                         | 324 |
| 4.3.1.1 . CONVENIO ESTADOS UNIDOS / ESPAÑA. ....    | 335 |
| 4.3.1.2. CONVENIO ESTADOS UNIDOS / REINO UNIDO..... | 336 |
| 4.3.2. CANADÁ. ....                                 | 337 |
| <b>4.4. CONCLUSIONES.</b> .....                     | 339 |
| <b>CONCLUSIONES FINALES</b> .....                   | 345 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.</b> .....                          | 355 |





## ABSTRACT

### *TAXATION IN SPAIN OF PERMANENT ESTABLISHMENTS OF FOREIGN FINANCIAL INSTITUTIONS*

Usually, the financial institutions established in a member State of the European Union when they work in other member State, they use the legal status of a branch instead of creating a subsidiary as they do the non-financial companies.

The reasons are: 1) The authorization granted by a member State to a company to work in its territory allows its activity in other member States using branches without additional authorization, and 2) the branch can work in the others member States directly and they are not obliged to complete the local requirements for companies established in this State, as the allocation the capital or the solvency rate.

This does not mean that the branches have a preferential regime compared with the companies incorporated and authorized in the host State because the requirements can be met by the branch, at the local level, or at the level of the headquarter in the State of origin. In certain circumstances this regime can be applied to branches of financial institutions established in third countries, provided the condition of reciprocity.

In the context of the European Union, this regime is justifiable because the regulations of financial institutions is fully harmonized, only way to get an European banking market, removing any obstacles to respect the freedom of establishment and the freedom to provide financial services for the credit institutions. As a result, the supervisory powers that correspond to the regulator are distributed between the regulator State of origin for the headquarter, and the regulator of the branch host State, the only way to assure that the financial institution meets all requirements imposed by the banking regulation and the supervision is done without duplicate inspections and verifications.

The doctoral thesis is considering, from the tax point of view, the compatibility between the absence of capitalization (or poor capitalization) of the banking branches – permanent establishments (PE) according to the tax rules – covered by the banking regulation, and the requirements to attribute profits to the PE under the of arm's length principle, established at the article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital and, also at the articles 15, 16 y 18 of the Royal Legislative Decree 5/2004, March 5<sup>th</sup>, that endorses the Non Residents Income Tax Law (TRLIRNR).

The conclusion finally reached in the four chapters of this doctoral thesis is:

It is essential allocate free capital to a PE for tax purposes, to ensure that the amount of interest for the use of debt has been determined according to the principle of arm's length principle.

And this compatibility exercise should be done, both in the State of source, and in the State of residence. In the first, to determine the taxable income, and in the second, to quantify the relative income affected by the double taxation that must be removed. Each State must quantify the tax income resulting from the PE activity, considering the

ascribed functions and assets and the risks resulting from functions developed and assets used.

The doctoral thesis is structured in four chapters and some final conclusions:

### ***CHAPTER 1*** Attribution of Profits to Permanent Establishment.

The following issues are addressed in this Chapter:

1. Guidelines for allocating profits to PE according to Article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital and/or according to the applicable domestic law. It is very relevant the correct accounting registration of operations between the headquarter and the PE and the value attributed to the related operations.

The attribution of profits to PE implicates:

- Functional and factual analysis.
- Attribution of assets and risks.
- Attribution of capital.
- Recognition of dealings between the PE and the other parts of the enterprise.

2. The content of Article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, versions (2008) and (2010).

The paragraph 2 of this article incorporates a basic approach for the purposes of determining the profits that are attributable to the PE: the fiction that the PE is a separate enterprise and that such an enterprise is independent from the rest of the enterprise of which it is a part as well as from any other person.

3. A survey about certain dealings between the headquarter and the EP, because its price has a direct and immediate impact in tax revenues of the State of residence of the headquarter and in tax revenues of the State of location of the EP.

### ***CHAPTER 2*** Permanent Establishment of Foreign Financial Institutions.

This chapter reviews the laws affecting financial entities from the regulatory environment. Specifically, the following issues are addressed:

1. The incorporation of the financial institutions in Spain and foreign branches in Spain.

2. The importance of the capital in the development of financial activity. In fact, banks have to have a minimum capital during all their life. The figure mainly depends on the risks from the operations assumed by the banking entity.

3. The different functions of the capital in an entity: operational or exploitation, guarantee and accounting. A brief description of them is listed, to give an idea of the important role played by capital in any organization, regardless of economic sector where the company works.

4. The way to determine the amount of regulatory capital of the financial institutions.

### **CHAPTER 3 Attribution of Free Capital to Permanent Establishment.**

The following points have been treated:

**1.** The reasons why it is necessary to attribute free capital to PE for tax purposes.

For regulatory purposes in both home and host countries, there is no need for any free capital to be formally attributed to the PE and so its operations, unlike those of the bank itself, may be wholly debt-funded.

**2.** The methods described in the Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments OECD (2010) for this purpose. These methods are:

- Capital allocation approach.

Under this approach, the free capital is allocated to the bank (i.e. the free capital used to assume the risks from the bank's operations) in accordance with the attribution of financial assets and risks by first attributing assets and risks and then risk-weighting the assets following the Basel standardized regulatory rules.

- Economic capital allocation approach.

In this method to allocating free capital has been suggested based not on regulatory measures of capital but by reference to economic capital. The regulatory rules consider mainly the bank's solvency.

- Thin Capitalization approach.

This method requires that the PE has the same amount of free capital as would independent banking enterprises carrying on the same or similar activities under the same or similar conditions in the country of the PE by undertaking a comparability analysis of such independent banking enterprises. It would be applicable the Guidelines of Transfer Prices of OECD. The comparability analysis is used for determine the market passive structure.

- Safe harbour approach - Quasi thin capitalization/regulatory minimum capital approach.

By last, another possibility would be to require the PE to have at least the same minimum amount of free capital as the regulator in the host country would set for an independent banking enterprise operating in the host State (a quasi thin capitalization approach).

All methods present weaknesses and strengths, so it is relevant to choose, not the best method, but the method that drives to a reasonable amount of free capital for PE in the source and in the residence States. In other words, the PE requires free capital and interest-bearing debt in order to financing its operations and the attribution of free capital to the PE permits the determination of the figure of interest debt according to the arm's length principle.

**3.** A numerical example explaining how is practiced the original or primary interest not deductible adjustment for the use of debt in determining taxable income of the PE in the source State.

**4.** A numerical example that develops the correlative or bilateral adjustment to practice in the State of residence for the purpose of eliminating double taxation of income derived by the banking branch. It must correspond with the original adjustment made in the State of source.

5. Commentaries on the various documents issued by the OECD for the purposes of interpreting the content of Article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, in relation to the allocation of free capital to the PE.

6. The vision of the experience accumulated in Spain in the management of files relating to capitalization PE.

#### ***CHAPTER 4*** The Attribution of Profits and Free Capital to Permanent Establishments of Foreign Financial Institutions in Comparative Law.

In this chapter, we have examined different cases of allocation of profits and free capital to PE, under the comparative law.

1. The response of Administrations of other States –States of location of PE- with regard to poor capitalization of the PE.

2. The responses of Courts Justice with regard the same questions.

The structure of this Chapter has been:

- Experience gained in States of the European Union.
- Experience gained in third countries.

In fact, the position of Foreign Tax Administrations and the position of Foreign Courts of Justice are very similar to the position of Spanish Tax Administration and the position of Spanish Courts of Justice.

#### ***CONCLUSION.***

The conclusion of the doctoral thesis is that, because tax regulations, the PE of foreign banking enterprises must respect the capitalization rules to allow the correct attribution of profits to the PE under the “arm’s length principle”. Nowadays it is the only way that the source and residence States have to determine the taxable income of the PE, the banking branch, based on the value added by such PE.

We consider that the PE capitalization condition is implicit not only at the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital –OECD commentaries to the article 7 are sufficiently explicit – but also at the article 18.1.c) of the TRLIRNR. But we suggest that the wording article 18.1.c) can be amended establishing explicitly the PE capitalization condition for tax purposes in order to clarify the situation and to avoid controversies and litigations.







# **EL RÉGIMEN FISCAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS EN ESPAÑA.**

## **INTRODUCCIÓN.**

### **I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN.**

El Sector Financiero ofrece oportunidades de estudio muy diversas, entre otros motivos, porque las entidades financieras hace mucho tiempo que superaron el enfoque de actividad local para alcanzar metas más ambiciosas al hilo de la globalización. Por ello mis preferencias se decantaron por asociar ambos campos, mediante el estudio de las rentas del sector financiero desde el punto de vista de la fiscalidad internacional.

Así fue como en la realización de mi trabajo advertí un área carente de estudio, en el que se escondían importantes cuestiones jurídicas que distaban mucho de estar completamente resueltas y que podían merecer un análisis global y sistemático, precisamente por su repercusión en la determinación de la responsabilidad tributaria en España tanto de las entidades financieras residentes, como de los Establecimientos Permanentes –en adelante EP- de entidades financieras residentes en el extranjero. Estas cuestiones se han puesto en evidencia a través del estudio de diferentes aspectos:

- El ámbito territorial en que las entidades financieras desenvuelven sus actividades, que va más allá del estrictamente nacional, actuando en el extranjero a través de filiales y de EP.
- El encaje de la actividad financiera en las disciplinas jurídicas que les son propias, tales como, bancaria, mercantil, contable y fiscal, algunas con marcadas diferencias de las que afectan a otras actividades económicas sujetas a una reglamentación menos rígida.
- El dinamismo del sector, en el que continuamente se están innovando activos, pasivos y derivados financieros cada vez más sofisticados, que precisamente por esta sofisticación no son apropiados nada más que para un público avisado y entendido. A su vez las operaciones sobre instrumentos financieros derivados pueden realizarse con carácter especulativo –lo que entraña un riesgo que las entidades han de ser capaces de evaluar- o para cobertura de riesgo de

determinadas operaciones principales –que se realizan normalmente para limitar las pérdidas que pudieran generar las operaciones principales-.

- La regulación de la actividad financiera, que ha llevado al regulador en los últimos tiempos y más concretamente a raíz de la crisis económica a una intensa y continuada labor de vigilancia de los niveles mínimos de capital de las entidades financieras, ajustando los mismos casi en tiempo real. Esto se ha realizado a través de una sucesión de normas, la mayoría, con una vigencia muy limitada, pues no daba tiempo a asumir un nivel de capital establecido en una norma, cuando era necesario hacer otro retoque, promulgando otra.

A título de ejemplo de cuestiones controvertidas:

### **1. Entidades financieras autorizadas en España.**

Estas entidades forman sus recursos propios, de acuerdo con la normativa bancaria, no solo con acciones, sino también con pasivos financieros, siempre que reúnan ciertos requisitos, instrumentos denominados pasivos con naturaleza de capital. A diferencia de la calificación otorgada a los mismos por la normativa bancaria, estos instrumentos desde la perspectiva del Derecho mercantil, del Derecho contable y del Derecho fiscal se califican como recursos ajenos. De ahí la calificación fiscal de su retribución a los efectos del Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS) como gasto fiscalmente deducible, diferente a la calificación fiscal que se otorga a los dividendos que retribuyen los recursos propios, los cuales no gozan de esa consideración.

Estas asimetrías que produce la diferente calificación de un mismo instrumento financiero en un Estado se agravan cuando son dos Estados los que califican de manera diferente un mismo instrumento financiero, cuya retribución está llamada a tener consecuencias en los dos Estados; este escenario puede provocar problemas de desimposición.

Basta analizar un instrumento financiero calificado como pasivo en el Estado del prestatario, en tanto que en el Estado del prestamista el mismo instrumento se considera capital para darse cuenta de la magnitud del problema. La retribución del instrumento en el primer Estado se califica como interés y en consecuencia deducible en el IS, en tanto

que en el Estado del prestamista la misma retribución se considera dividiendo y en consecuencia ingreso tributable, por lo que el prestamista aplicará deducción por doble imposición, ya que parte del hecho de que, de acuerdo con la calificación del instrumento, su retribución en el Estado de la fuente ha sido objeto de imposición.

Este ejemplo pone de manifiesto la problemática de una adecuada calificación de los instrumentos utilizados por cualquier entidad para financiarse –no es solo un problema de las financieras-, tanto en el plano mercantil como en el fiscal y la necesidad de evitar desimposiciones cuando la financiación rebasa las fronteras del Estado receptor de la misma<sup>1</sup>.

## **2. Entidades residentes en España. Consolidación contable y fiscal con sus Establecimientos Permanentes en el extranjero.**

El campo de estudio, en este caso, podía dirigirse a las siguientes cuestiones:

- Determinadas operaciones que afectaban exclusivamente al EP se anotaban en libros de la Casa Central (en adelante, CC), pero no en libros del EP.

Este modo de conducirse repercute en la cuantificación de la renta generada por el EP en el extranjero, sobre la cual debe evitarse la doble imposición en España, aplicando la deducción por doble imposición internacional prevista en la normativa correspondiente, bien convenida o interna. Pues bien, las entidades por lo general consideraban que la renta respecto de la que se tenía que evitar la doble imposición coincidía con el resultado contable del EP, cuando a veces realmente este no daba la representación exacta o imagen fiel del valor añadido por el EP, por cuanto se habían obviado determinados ingresos y gastos –normalmente gastos- que se habían reconocido a la CC, calculando una deducción por doble imposición incorrecta.

De hecho, esta práctica contable se realiza, fundamentalmente, cuando se trata de un gasto del EP que carece de cobertura deducible en el Estado de la fuente, pero que

---

<sup>1</sup> Tanto la OCDE, en el ámbito de la actuación multilateral BEPS, en la Acción 2 “Híbridos”, como la Unión Europea en el Foro de “Híbridos” abordan estos problemas, con el objetivo de evitar desimposiciones o dobles deducciones.

la norma del Estado de residencia obliga a contabilizar, por ejemplo: deterioro de activos. Otro ejemplo se relaciona con los sueldos del personal desplazado al Estado de la fuente, sueldos que necesariamente son altos si la entidad desea desplazar a su personal más experimentado al extranjero, una parte importante de estas retribuciones se contabiliza en libros de la CC, ya que la normativa laboral del Estado de ubicación del EP no permite unas retribuciones tan elevadas para la categoría del personal desplazado.

- Ausencia de capital contable en el EP.

Este hecho aparece avalado por la normativa bancaria, cuando se trata de EP de entidades autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea –también para EP de entidades autorizadas en Estados terceros, a cambio de reciprocidad- ya que la autorización o licencia para ejercer actividades financieras dada en un Estado de la Unión Europea permite la constitución de sucursales en cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de autorización adicional y sin necesidad de dotación de capital. Ello lleva a unos balances del EP un tanto curiosos, pues la cifra de recursos ajenos alcanza niveles muy elevados dentro del pasivo del EP, sin embargo el EP está capitalizado, en la medida en que lo está la entidad de la que forma parte, habida cuenta que todas las entidades financieras, sin excepción, han de disponer de una cifra de recursos propios mínimos durante toda su vida, cifra que depende de los riesgos asumidos en la realización de sus actividades y que se controla y supervisa por parte del regulador del Estado de autorización, de ahí que se permita que las sucursales bancarias puedan trabajar en el Estado de situación sin dotación de capital.

- Capitalización del EP, a nivel fiscal, en su Estado de ubicación.

En efecto, al analizar las declaraciones por Impuesto sobre beneficios presentadas en el Estado de localización del EP, en algunos Estados, tales como Estados Unidos, Reino Unido, etc. se observa que la base imponible aparece corregida por una determinada cantidad que viene a representar el montante de intereses por el uso de capitales ajenos que no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en el Impuesto y que, en definitiva, viene a corregir la subcapitalización del EP en fuente.

### 3. EP en España de entidades financieras residentes en el extranjero.

Las cuestiones que merecen ser objeto de estudio, por su relación con la fiscalidad de los EP, son:

- La opción de contabilizar las operaciones –todas o algunas- de acuerdo con la norma contable del Estado de autorización de su CC, en lugar de contabilizar conforme a las normas recogidas en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. Ni que decir que la contabilización de las operaciones con arreglo a la norma contable del Estado de residencia también debe pasar por el tamiz de las normas del IS, ya que en ningún caso por esta vía se puede deducir un gasto o no hacer tributar un ingreso en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante IRNR) que con arreglo a la norma española fuesen no deducible o tributable, respectivamente<sup>2</sup>.
- La *ratio* de solvencia de la sucursal, cuya vigilancia es competencia del regulador del Estado de autorización de su CC.
- Los bajos niveles de capitalización, amparados por la normativa bancaria, en determinados casos, aspecto íntimamente relacionado con el mencionado en el párrafo anterior.

Estas cuestiones y alguna más fueron clave para profundizar en ellas y desarrollarlas en esta tesis doctoral, por cuanto las mismas eran determinantes para cuantificar en el IS la deducción por doble imposición en España de las rentas generadas por EP de entidades autorizadas en España situados en el extranjero, así como para determinar la responsabilidad tributaria en el IRNR de los EP en España de entidades financieras autorizadas en el extranjero.

De hecho, la experiencia demuestra que los contribuyentes residentes en España, aunque cumplen puntualmente sus obligaciones fiscales tanto en España como en los

---

<sup>2</sup> La Circular 4/2004, constituye el Plan General de Contabilidad adaptado al sector financiero.

Estados donde localizan EP, en algunas ocasiones, no son rigurosos en sus cálculos, precisamente porque no dan importancia a las cuestiones apuntadas, dado que se trabaja con cifras consolidadas, por lo que es muy posible que el Impuesto sobre beneficios calculado en el Estado de la fuente no responda a la capacidad económica generada por el EP en dicho Estado, como tampoco en España se calcula con exactitud el IS. El pago global de impuestos en la mayoría de las ocasiones puede ser correcto, pero no su distribución entre los Estados con derecho a los mismos. La situación espejo de esta es la de la entidad autorizada en el extranjero y su EP en España.

## **II. OBJETIVO GENERAL DE LA TESIS DOCTORAL.**

El objetivo general de la tesis doctoral fue demostrar cómo la ausencia de capitalización o la deficiente capitalización de un EP son incompatibles con el mandato contenido en la norma convenida y en la interna de atribuir beneficios al EP con arreglo al “principio de libre competencia”, con el resultado último de recortar los ingresos tributarios del Estado de la fuente –erosión de las bases imponibles del Estado de la fuente-, en beneficio de los ingresos tributarios del Estado de residencia –aumento de las bases imponibles en el Estado de residencia-.

## **III. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN.**

La investigación se ha centrado fundamentalmente en analizar la atribución de beneficios a los EP, subrayando la necesidad de su capitalización<sup>3</sup>, siquiera a niveles mínimos, como presupuesto imprescindible para calcular su responsabilidad tributaria. Para ello se ha prestado especial atención a las operaciones realizadas entre la CC y el EP, dada la ausencia de contratos e inclusive de objetivos opuestos entre ellos que garanticen un precio de mercado en sus operaciones, presupuesto imprescindible para atribuir beneficios al EP, de acuerdo con el principio de plena competencia.

---

<sup>3</sup> De hecho, estos estudios se iniciaron con el trabajo desarrollado para acceder al Diploma de Estudios Avanzados, en el que se expusieron las líneas generales de la atribución de beneficios y capital libre a EP y los problemas que ello acarrea. Y aunque en dicho trabajo se apuntaron algunas ideas para su solución, lo cierto es que las diversas cuestiones tratadas eran merecedoras de un análisis más profundo, lo que se ha llevado a cabo con la tesis doctoral, incluyendo en la misma otras cuestiones relativas al mismo tema que no fueron objeto de estudio en dicho trabajo.



El trabajo se ha estructurado en cuatro capítulos, cuyo contenido se indica a continuación:

## **- CAPÍTULO 1. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SITUADOS EN ESPAÑA.**

En este capítulo se tratan las siguientes cuestiones:

1. Se dan las pautas para atribuir beneficios a EP desde la perspectiva de norma convenida y desde la perspectiva de norma interna, según la que corresponda aplicar, resaltando el papel del intérprete contable a la hora de decidir como ha de contabilizarse una determinada operación y con qué criterios se ha de valorar, es decir se destaca la importancia de contabilizar las operaciones atendiendo al fondo o sustancia económica cuando se observa que el resultado económico no concuerda con la fórmula jurídica utilizada, tal y como se deduce de la norma mercantil.

2. Se analiza el contenido del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE en las versiones de 2008 y 2010, comparando los textos de las dos versiones.

3. Se describen determinadas operaciones realizadas entre CC y EP, por las repercusiones directas e inmediatas que tienen las mismas en los ingresos tributarios de los Estados de residencia de la CC y de ubicación del EP. Dichas operaciones se estudian desde diferentes puntos de vista.

Se considera fundamental analizar las operaciones entre CC y EP para atribuir beneficios y capital libre al EP, cuestión que se examinará en el capítulo 3.

## **- CAPÍTULO 2. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS.**

Se estudia la normativa que afecta a las entidades financieras desde el ámbito regulador. El sector financiero es un sector sometido a normas muy severas cuyo objetivo es que estas entidades puedan desenvolver su actividad con las mayores garantías tanto, frente a depositantes, inversores, ahorradores en general, Estado, como frente a terceros. Concretamente se abordan las siguientes cuestiones:

1. Se dan unos apuntes sobre la constitución de entidades financieras en España y de sucursales en España de entidades autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea, así como de entidades autorizadas en Estados terceros y sobre la normativa aplicable, diferenciando la fuente de las normas: 1) Comité de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacional de Basilea; 2) Normativa comunitaria; y, 3) Normativa interna.

2. Se destaca el papel fundamental del capital libre en el desarrollo de la actividad financiera, en la que las entidades han de disponer de una cifra de recursos propios mínimos o capital principal –*ratio* de solvencia- durante toda su vida, cifra que depende fundamentalmente de los riesgos que contrae la entidad financiera y cuya vigilancia está encomendada al regulador del Estado de autorización, el cual en caso de incumplimiento impone las sanciones correspondientes, por las graves consecuencias que acarrea dicho incumplimiento en el sistema financiero.

3. Se enumeran las diferentes funciones que satisface el capital: operativa o de explotación, de garantía y contable, con una breve descripción de las mismas, para dar una idea del papel tan importante que representa el capital en cualquier entidad, con independencia del sector donde desenvuelva su actividad.

4. Se perfilan mínimamente los riesgos en que pueden incurrir las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad.

El análisis de todos los puntos anteriores se entiende imprescindible para comprender el cálculo de los recursos propios de una entidad financiera, ejercicio que se desarrolla en el apartado 2.5.4.2. de este capítulo, tanto para el caso de una entidad financiera como para el caso de un EP. A tales efectos se han considerado los riesgos de crédito, de la cartera de negociación y operativo, prescindiendo de otro tipo de riesgos que también pueden afectar a las entidades financieras; dicho cálculo se ha realizado a partir de las cuentas de balance y de las cuentas de orden de una y otro, aplicando a cada partida los coeficientes de ponderación de riesgos correspondientes, de acuerdo con la normativa reguladora actualmente en vigor.

Una vez que se ha calculado el capital de la entidad financiera según norma bancaria, los ejemplos permiten enlazar con el capítulo siguiente, que se refiere a la atribución de capital libre al EP desde la óptica fiscal.

### **- CAPÍTULO 3. ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.**

Este capítulo se refiere a la atribución de capital libre a EP con enfoque tributario, y en él se han desarrollado los siguientes puntos:

1. Los motivos por los cuales es necesario asignar a los EP capital libre, a efectos fiscales, los métodos de atribución de capital recogidos en el Informe sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes de la OCDE (2010)<sup>4</sup> y las diferentes cuestiones a valorar antes de elegir un método para atribuir capital libre a EP.

2. Un ejemplo numérico que explica, una vez atribuido capital libre al EP, la forma como ha de practicarse el ajuste original o primario por intereses por el uso de capitales ajenos no deducibles, para la determinación correcta de la base imponible del EP en el Impuesto sobre Beneficios, en el Estado de la fuente, con referencia expresa a las normas de cobertura que le justifican.

3. Un ejemplo numérico que desarrolla el ajuste correlativo o bilateral a practicar en sede de residencia, a los efectos de eliminar la doble imposición de las rentas obtenidas por la entidad financiera a través del EP, como consecuencia de haber practicado el ajuste original en el Estado de la fuente. También en este caso se enumeran las normas que apoyan el ajuste en sede de residencia.

4. Un comentario sobre los diferentes documentos emitidos por la OCDE a los efectos de interpretar el contenido del artículo 7 del Modelo OCDE, en relación a la atribución de capital libre a los EP, para analizar si la atribución de capital libre supone una interpretación diferente del artículo 7, aplicable a partir de las versiones del Modelo OCDE (2008) y (2010) o, si por el contrario la atribución de capital libre a EP ha estado

---

<sup>4</sup> Traducción al castellano patrocinada por la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en el marco del convenio de colaboración con la OCDE.

latente en los Comentarios a todas las versiones del Modelo OCDE y en los diferentes Informes sobre atribución de beneficios a EP elaborados por la OCDE.

5. La visión de la experiencia acumulada en España en la gestión de expedientes relativos a capitalización de EP, en su doble vertiente: EP situados en España de entidades financieras no residentes y EP situados en el extranjero de entidades financieras residentes en España. La estructura del análisis es la siguiente:

a) Práctica administrativa española diferenciado las actuaciones de la Administración, en sus diferentes ámbitos competenciales, de comprobación, de instrucción de expedientes de acuerdos previos de valoración y de instrucción de procedimientos amistosos y señalando los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos sobre actuaciones concretas de la Administración tributaria.

b) Sentencias de Tribunales de Justicia, con un mínimo comentario de los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que han recaído sobre los expedientes a que se hizo referencia en la letra a) anterior, una vez terminada la vía administrativa.

En esta parte del capítulo se señala el camino que han iniciado la Administración tributaria, los Tribunales administrativos y los Tribunales de Justicia españoles en lo relativo a la capitalización de EP, que sigue las pautas marcadas por el artículo 7 del Modelo Convenio OCDE y sus Comentarios<sup>5</sup>, que conduce a capitalizar con criterio de mercado tanto a los EP de entidades financieras no residentes situados en España, como a los EP de entidades financieras residentes en España localizados en el extranjero.

Este mismo criterio se aplica a EP que desenvuelven su actividad en ámbitos no financieros, pues también en estos ámbitos se ha observado la localización interesada de las fuentes de financiación de los activos, con fines de reducir la carga tributaria de la entidad globalmente, según convenga, en fuente o en residencia.

---

<sup>5</sup> Versión 2008 y anteriores y versión 2010. Las versiones aludidas en este trabajo se han analizado en su traducción al castellano por la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos en el marco del convenio de colaboración con la OCDE.

#### **- CAPÍTULO 4. EXPERIENCIA EN ATRIBUCION DE BENEFICIOS Y DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL DERECHO COMPARADO.**

En este capítulo, se han incluido comentarios sobre diversos casos de atribución de beneficios y de capital libre a EP, a los que han tenido que enfrentarse las Administraciones de otros Estados, algunos de los cuales han superado el filtro administrativo para terminar dirimiéndose en los Tribunales de Justicia. Ello con la finalidad de dar una visión más amplia de esta cuestión, que a su vez permita la comparación del tratamiento dado a dichos casos con el que se ha dado en el Estado español a casos similares. Como se podrá comprobar, en la mayoría de ellos, la manera en la que los distintos Estados han encarado las cuestiones relativas a la atribución de beneficios y de capital a EP, no difiere sustancialmente de la manera en que lo ha hecho España. La estructura utilizada es la siguiente:

1. Experiencia en Estados de la Unión Europea.
2. Experiencia en Estados terceros.

Para concluir, debe señalarse que para desarrollar esta tesis doctoral se han manejado conceptos y normas de los ámbitos mercantil, contable, bancario y fiscal y se han utilizado diferentes herramientas relacionadas con las áreas citadas, normativa, artículos y comentarios de expertos, documentos publicados por la OCDE, por la Unión Europea, por el Comité de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacional de Basilea, por el Banco de España, por el Colegio de Economistas, entre otros, que serán citados en el lugar correspondiente.

Por otra parte, se ha tenido acceso a determinados documentos, cuyo análisis ha sido fundamental para estudiar los EP en su conjunto, relacionar los diversos ámbitos normativos que afectan al desarrollo de su actividad y sacar las conclusiones que finalmente se han recogido en este trabajo. Entre estos documentos, se destacan la contabilidad de EP situados en España, la contabilidad de EP ubicados en el extranjero, declaración del Impuesto sobre beneficios presentados por estos últimos en la Hacienda correspondiente, documentación explicativa de la forma en que se imputan los gastos de dirección y generales de administración por parte de la CC a los EP, cálculo del monto

de intereses por el uso de capitales ajenos deducibles en el Estado de localización del EP, etc.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Las conclusiones finales del trabajo apuntan en la dirección trazada en el contenido de los capítulos que componen la tesis, que consiste fundamentalmente en la necesidad de capitalizar al EP con fines tributarios, para colaborar con el mandato de atribuir beneficios al EP con arreglo al “principio de libre competencia”, única manera de que cada uno de los Estados –fuente y residencia- cuantifique los ingresos tributarios derivados de la actividad ejecutada por el EP en base a la capacidad económica generada por dicho EP, construida esta sobre una base sólida, analítica y económica.

Aunque estimamos que la capitalización de los EP está implícita tanto en la norma convenida –suficientemente explícita a nivel de Comentarios al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE-, como en la normativa interna –artículo 18.1.c) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante TRLIRNR)-, consideramos que podría introducirse, a nivel de norma interna, alguna mejora en la redacción del artículo 18.1.c) del TRLIRNR que reconociese de forma expresa la obligación de capitalizar los EP con fines tributarios, lo que conduciría a terminar de una vez por todas con las dudas e incertidumbres que esta cuestión ha provocado a lo largo del tiempo, eliminando las controversias que se pudieran formular al efecto y disminuyendo la litigiosidad en la materia.

La propuesta para la redacción del artículo indicado, a los efectos de su inclusión en el TRLIRNR se contiene en las conclusiones finales con las que se podrían dar por alcanzadas las metas diseñadas.







## **CAPÍTULO 1.**

# **ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SITUADOS EN ESPAÑA**

## **Sumario**

1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 1.2.1. Ámbito Mercantil. Sucursal. 1.2.2. Ámbito Fiscal. Establecimiento Permanente. 1.2.2.1. Normativa interna. 1.2.2.2. Normativa comunitaria. 1.2.2.3. Normativa convenida. 1.3. APUNTES CONTABLES Y FISCALES SOBRE LAS OPERACIONES ENTRE ENTIDADES VINCULADAS. 1.4. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 1.4.1. Planteamiento General. 1.4.2. Normativa interna. 1.4.3. Normativa convenida. 1.4.3.1. Versión Modelo OCDE, de 17 de julio de 2008. 1.4.3.2. Versión Modelo OCDE, de 22 de julio de 2010. 1.4.4 Tributación de las rentas del Establecimiento Permanente en el Estado de la fuente. 1.5. OPERACIONES ENTRE CASA CENTRAL Y ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 1.5.1. Clasificación de las operaciones realizadas entre Casa Central y Establecimiento Permanente. 1.5.1.1 Operaciones consideradas desde el punto de vista de la actividad desarrollada por la Casa Central. 1.5.1.2. Operaciones consideradas desde el punto de vista del objeto. 1.6. CONCLUSIONES.

## 1.1. INTRODUCCION.

La atribución de beneficios a EP, en general, constituye desde la óptica fiscal, una materia de importancia capital para los dos Estados a los que afecta la misma, el de ubicación del EP –en el que tiene lugar la tributación en fuente-y el de residencia de la entidad de la que forma parte –que elimina la doble imposición de las rentas generadas por el EP-. La atribución de beneficios implica colocar o afectar al EP todos los ingresos y gastos que le ha reportado la realización de las actividades o funciones que le hayan sido encomendadas, con el concurso de los medios personales y materiales de los que dispone, ello con un enfoque de contabilidad analítica.

En la ejecución de este ejercicio, como veremos más adelante, cobran especial interés el tratamiento que se dé a las operaciones realizadas por el EP con su CC, con otros EP de su CC, con entidades vinculadas a su CC y, en su caso, con las propias filiales del EP, por ello es fundamental la calificación y la valoración de las mismas, por ser éstas la llave para su contabilización y a su vez, ser la contabilidad, en la medida en que la misma refleje adecuadamente todas estas operaciones, el punto de partida para atribuir beneficios al EP.

Las normas a tener en cuenta para atribuir beneficios al EP en el Estado de la fuente<sup>6</sup> y en el de residencia son las siguientes:

Cuando la CC reside en un Estado que haya suscrito Convenio con España. Norma convenida, se aplicará el artículo 7 del Convenio correspondiente<sup>7</sup>, tanto en el Estado de la fuente como en el de residencia.

Cuando la CC reside en un Estado con el que no se haya suscrito Convenio. a) En el Estado de la fuente: Resulta de aplicación la norma interna, artículo 16 del TRLIRNR; b) En el Estado de residencia: Será de aplicación la norma interna de dicho Estado, generalmente la ley del Impuesto sobre beneficios correspondiente.

---

<sup>6</sup> Dado que el objeto de este trabajo son los EP de entidades financieras no residentes situados en España, la norma del Estado de la fuente a la que nos referiremos será la normativa española.

<sup>7</sup> En este trabajo, en general, nos referiremos al Modelo Convenio de la OCDE y a sus Comentarios, en la versión publicada el 22 de julio de 2010, sin perjuicio de aludir a las versiones precedentes de 17 de julio de 2008 y de 15 julio de 2005, cuando se considere oportuno. En cuanto a la actualización del Convenio Modelo OCDE publicada en versión inglesa el 15 de julio de 2014, se indica que las modificaciones a los Comentarios al artículo 7 han sido mínimas y prácticamente no alteran los Comentarios de las versiones (2008) y (2010) analizados en este trabajo.

Una vez atribuidos beneficios al EP, el siguiente paso será determinar la tributación por el Impuesto sobre beneficios en el Estado de la fuente y la renta respecto de la que se tiene que eliminar la doble imposición en el Estado de residencia. Y en esta tarea, es determinante la legislación interna de cada uno de los Estados, porque una vez atribuidos beneficios al EP conforme a la normativa indicada en los párrafos anteriores, es la norma interna la que regula qué gastos de los atribuidos van a tener el carácter de deducibles y qué ingresos de los atribuidos van a ser sometidos a gravamen.

## **1.2. DEFINICIÓN DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.**

Como paso previo al estudio de la atribución de beneficios a EP y al de las diferentes operaciones que pueden darse entre CC y EP, haremos una breve alusión a las normas que definen y regulan la constitución y funcionamiento de los EP en España, tanto desde el punto de vista mercantil, como fiscal.

### **1.2.1. ÁMBITO MERCANTIL. SUCURSAL.**

En el plano mercantil es habitual referirse a aquellas partes de una empresa que desarrollan su actividad separadas geográficamente de la misma como sucursales. En este sentido, el profesor Rojo se refiere a las sucursales como *“aquellos establecimientos secundarios a través de los cuales el empresario individual o la sociedad mercantil ejercitan la misma actividad –o, al menos, parte de ella- que la ejercitada a través del establecimiento principal.”*<sup>8</sup>

La constitución de las sucursales en España de entidades extranjeras está sometida, por lo general, a las mismas obligaciones y requisitos que las sociedades mercantiles constituidas en España. Así, la constitución de sucursales debe formalizarse en escritura pública otorgada ante fedatario público; dicha escritura debe incorporar una serie de datos, tales como: objeto social, domicilio, dotación de capital, identidad de los administradores, etc., e inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código de

---

<sup>8</sup> Véase ROJO (2003), p. 131.

Comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885 y en el artículo 81 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Asimismo, han de inscribirse en el Registro Mercantil todas las operaciones por las que se lleven a cabo modificaciones en la dotación de capital de la sucursal –artículo 388 del Real Decreto 1784/1996-.

A estas obligaciones se suman las previstas en la normativa relativa a control de cambios, concretamente en el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, cuyo artículo 4 establece la obligación de declarar ante el Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda<sup>9</sup>, la inversión que la entidad no residente vaya a realizar en España a través de una sucursal. En España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, las inversiones extranjeras están completamente liberalizadas, si bien por razones obvias, los inversores extranjeros están obligados a comunicar a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones<sup>10</sup> -Subdirección General de Comercio Internacional, de Servicios e Inversiones- las inversiones que realicen en España. Esta comunicación afecta a todos los momentos de la vida de la sucursal: constitución, aumento y disminución de dotación de capital y liquidación<sup>11</sup>.

Cuando la inversión se materialice en una sucursal, la sociedad extranjera presentará ante la Subdirección General de Comercio Internacional, de Servicios e Inversiones la cuenta de enlace de la sucursal con la CC referida al año natural, dicha cuenta muestra, entre otra información relativa a operaciones entre Sucursal y CC, la dotación de capital asignada a la misma. Esta información se presenta durante el primer trimestre natural de cada año en relación con el anterior.

Por lo que se refiere a la presentación y depósito en el Registro Mercantil de las cuentas de las sucursales, el artículo 375 del Real Decreto 1784/1996, se ocupa de este tema, en los términos siguientes:

---

<sup>9</sup> El Gobierno del Partido Popular en el año 2011 separó las competencias de este Ministerio atribuyéndolas a los Ministerios de Economía y Competitividad –donde se ubica el Registro de Economía y Competitividad, que reemplaza al aludido- y al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<sup>10</sup> Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Comercio.

<sup>11</sup> Esta cuestión se trató en el trabajo presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, recogiendo asimismo posteriormente en el Documento N° 6/2008, IEF, página 7.

*“1. Las sociedades extranjeras que tengan abiertas sucursales en España habrán de depositar necesariamente en el Registro de la sucursal en que consten los datos relativos a la sociedad sus cuentas anuales y, en su caso, las cuentas consolidadas que hubieran sido elaboradas conforme a su legislación.*

*2.*

*...*

*Si las cuentas ya estuvieran depositadas en el Registro de la sociedad extranjera, la calificación del Registrador se limitará a la comprobación de este extremo. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

El artículo siguiente, artículo 376, se refiere al “control de equivalencia” y establece:

*“En el caso de que la legislación de la sociedad extranjera no preceptuase la elaboración de las cuentas a que se refiere el artículo anterior o la preceptuase en forma no equivalente a la legislación española, la sociedad habrá de elaborar dichas cuentas en relación con la actividad de la sucursal y depositarlas en el Registro Mercantil”.*

De lo anterior se deduce que no existe obligación para las sucursales en general, incluidas las financieras, de depositar cuentas a nivel individual en el Registro Mercantil, salvo que se produzca el supuesto previsto en el artículo 376 del Real Decreto 1784/1996. No obstante, para elaborar las cuentas consolidadas de la sociedad – casa central y sucursales- es necesario partir de las cuentas individuales de las diferentes unidades o divisiones de la entidad, lo que lleva a la conclusión de que de alguna manera todas las sucursales llevan contabilidad.

Por lo que se refiere a las sucursales que operan en el sector financiero, deben presentar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias anuales ante el Banco de España<sup>12</sup> en idénticas condiciones que las entidades financieras constituidas y autorizadas en España, por lo que siempre se podrán consultar las cuentas de la sucursal a nivel individual, con las ventajas que de ello se derivan, habida cuenta que el examen de las cuentas consolidadas de la entidad financiera si bien proporciona información

---

<sup>12</sup> La norma contable que se aplica para elaborar estos documentos se contiene en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. La Circular es el Plan General Contable adaptado a las entidades financieras.

sobre la sociedad en su conjunto, es cierto que los datos que ofrece sobre sus diferentes divisiones son datos generales que no dan idea de las actividades desarrolladas por las mismas, ni de las magnitudes de sus activos, pasivos, riesgos y resultados.

#### 1.2.2. ÁMBITO FISCAL. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

A diferencia del ámbito mercantil, el término que maneja el Derecho tributario para referirse a una parte de una empresa que se encuentra separada de ella geográficamente es el de establecimiento permanente. A continuación reseñamos la definición de EP que encontramos en nuestra normativa interna, en la norma comunitaria y en la norma convenida - Modelo OCDE (2010)-, además de incluir diferentes aportaciones doctrinales.

##### 1.2.2.1. NORMATIVA INTERNA

El artículo 13.1.a) del TRLIRNR perfila el concepto de EP de la siguiente forma:

*“1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes:*

*a) Las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español.*

*Se entenderá que una persona física o entidad opera mediante establecimiento permanente en territorio español cuando por cualquier título disponga en éste, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad, o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes.*

*En particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de seis meses”.*

Por lo que se refiere a aportaciones de la doctrina en esta materia, destacamos:

- 1) La definición de CARMONA FERNÁNDEZ (2007, página II – 15): *”Desde una perspectiva casi coloquial, una primera aproximación a la noción de EP llevaría a identificar su aparición con el hecho de que medie un lugar fijo de actividad, de negocios, una instalación, una sede operativa, en el más amplio sentido de la palabra, a través de la cual el no residente, sin constituir una sociedad mercantil o una entidad con propia personalidad jurídica, opera en nuestro territorio, implantándose de una manera estable”.*
- 2) Los rasgos típicos que, en opinión de CALLEJA CRESPO (2007, página 308), configuran el EP en nuestra normativa interna son los siguientes:
  - “- Concepto exclusivamente tributario.*
  - Ausencia de personalidad jurídica y tributaria propia distinta de la del no residente, sin perjuicio de su asimilación, en determinados aspectos, a las entidades residentes.*
  - Adhesión general de nuestra normativa a los principios de fiscalidad internacional dictados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre esta materia.*
  - Irrelevancia sobre la condición de persona física o jurídica de la casa central del establecimiento a efectos de su tributación final en España.*
  - Principio de atribución de rentas para la determinación de su base imponible a través de una imputación racional y consistente de ingresos y gastos, siguiendo el principio de empresa separada de su casa central.*
  - Aproximación y asimilación de su régimen fiscal al aplicable a las entidades residentes en territorio español mediante la correspondiente remisión normativa a la Ley del Impuesto sobre Sociedades.*
  - Aplicación del principio de empresa separada así como de la normativa de entidades vinculadas y, por tanto, obligación de valorar determinadas transacciones con su casa central, con otras entidades y con otros establecimientos permanentes del grupo de acuerdo con su valor normal de mercado.*
  - Capacidad, en relación con participaciones afectas al establecimiento en entidades residentes, de ser dominante de un Grupo que opte por tributar de acuerdo con el régimen especial de Consolidación Fiscal en el Impuesto sobre Sociedades.*
  - Separación a efectos de su tributación, de establecimientos permanentes diversos en caso de existencia de más de uno de un mismo contribuyente no*

*residente, en salvaguardia de los principios que rigen nuestra obligación real de contribuir.*

- *Reconocimiento de diversos regímenes especiales de tributación en función de las circunstancias y especiales características del establecimiento permanente.”*

#### 1.2.2.2. NORMATIVA COMUNITARIA

En la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que ha refundido la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, con las posteriores que recogieron sus sucesivas modificaciones, artículo 2 apartado b) se define el EP en los siguientes términos:

*“un centro de actividades fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios del centro de actividades estén sujetos a imposición en el Estado miembro en el que está situado en virtud de un tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional”<sup>13</sup>.*

La Directiva tiene un objetivo muy concreto que es evitar la doble imposición de dividendos distribuidos por filiales residentes en Estados miembros de la Unión Europea a sus matrices también residentes en Estados miembros de la Unión Europea, pero la definición que da del EP como “matriz” de la que cuelga la filial que distribuye los dividendos, aunque focalizada en este contexto, está en línea con la definición que se contiene en el Modelo OCDE (2010), como división de una empresa con autonomía de actividad generadora de resultados.

#### 1.2.2.3. NORMATIVA CONVENIDA.

El artículo 5 del Modelo OCDE (2010) define el EP en los términos siguientes:

*“1. A efectos del presente Convenio, la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.*

---

<sup>13</sup> Se recuerda que la Directiva 90/435/CEE, en principio se refería solo a matrices y filiales; a partir de la reforma operada en la misma, a través de la Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre, se extendió el régimen de exención de los dividendos a los percibidos por EP.



2. La expresión “establecimiento permanente” comprende, en especial:

- a) las sedes de dirección;
- b) las sucursales;
- c) las oficinas;
- d) las fábricas;
- e) los talleres; y
- f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

3. Una obra o un proyecto de construcción o instalación sólo constituye establecimiento permanente si su duración excede de doce meses.

4. No obstante las disposiciones anteriores de este Artículo, se considera que la expresión “establecimiento permanente” no incluye:

- a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas;
- c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;
- d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;
- e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio;
- f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona distinta de un agente independiente (al que le será aplicable el apartado 6) actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho

*lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado.*

*6. No se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.*

*7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra<sup>14</sup>. ”*

GARCIA PRATS<sup>15</sup> considera que los elementos principales de la configuración del EP en la cláusula general de los Convenios de doble imposición son los siguientes:

- a) La dependencia e interconexión del mismo con el concepto de residencia fiscal. La virtualidad del establecimiento permanente aparece subordinada a la predeterminación de la que deba entenderse como empresa residente en el otro Estado contratante.*
- b) La existencia de un lugar de negocios, de carácter fijo o permanente que se encuentre relacionado con el tercer elemento, por la realización de las actividades de carácter empresarial en el mismo.*

---

<sup>14</sup> El artículo 5 del Modelo OCDE se encuentra en proceso de revisión, a los efectos de encauzar determinadas formas de actividad hacia la figura de EP. Dentro del WP 1 se ha creado el Focus Group para dar respuesta a la Acción 7 del Plan de Acción BEPS, cuyo objetivo es elaborar una propuesta de modificación del artículo 5 para salir al paso de utilidades interesadas de esta figura por parte de los contribuyentes, situaciones denominadas de “*artificial avoidance*”. Así, se han delimitado los conceptos de agente dependiente, agente independiente y actividades auxiliares, manejados por las entidades para eludir cruzar el umbral que les llevaría a que se considerara que las actividades realizadas en el otro Estado se desarrollan a través de un EP y continúan los trabajos en sintonía con la Acción BEPS 1, para delimitar cuando una actividad desarrollada a través de productos y servicios digitales en un Estado, constituye EP. Sobre la necesidad de modificar el concepto de EP, véase el Capítulo 45 “*La fiscalidad del establecimiento permanente en el Impuesto sobre Sociedades*”, de Néstor Carmona, en la obra colectiva “*El Impuesto sobre Sociedades*” dirigida por José Antonio Rodríguez Ondarza, Civitas, 2010, Madrid, páginas 1414 y 1415 donde el autor apunta, ante el escenario económico actual con fórmulas empresariales totalmente alejadas de los parámetros que soportan la figura del EP del artículo 5, la necesidad de “*la búsqueda de una noción “creíble” y dinámica para suceder o rebautizar al EP como figura determinante de la adjudicación de soberanías fiscales y de la justificación de la tributación de las rentas empresariales en la fuente*”. El autor parece dirigirse a las manifestaciones de la economía digital, área que no se analiza en este trabajo, por considerar que la actividad financiera por su propia naturaleza está sometida a una regla y controles tan rígidos que difícilmente podría prestarse a través de dicho medio, ello no obsta para que se utilicen adecuadamente las tecnologías más avanzadas en aras de dar un mejor servicio a los usuarios.

<sup>15</sup> (1996), páginas 99 y siguientes.

c) *La realización de una actividad empresarial en uno de los Estados Contratantes.*

Considerando el citado autor que el elemento más importante es “la realización de la actividad empresarial”, pues es el elemento clave para concretar la atribución de beneficios al EP y, en definitiva para cuantificar el ingreso tributario que corresponde al Estado de situación.

SERRANO ANTÓN<sup>16</sup>, subraya como condicionante imprescindible para desencadenar la tributación en fuente de una entidad no residente, “la presencia de la misma” en el Estado de la fuente, la OCDE, dice el autor “*señala a tal efecto que es necesario algo más que un mínimo contacto o presencia, ya que debe justificar un cambio el criterio de imposición de la residencia a la fuente*”. En líneas posteriores, analiza la cláusula general de los Convenios de doble imposición, en los términos siguientes:

- *La existencia de un “lugar fijo de negocios”, esto es, de instalaciones como, por ejemplo, un local o, en determinados casos, maquinaria o equipo.*
- *Este lugar de negocios debe ser “fijo”, esto es, debe estar establecido en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia. Aquí se puede observar la doble cara de la fijeza en relación con dicha actividad empresarial.*

*Física.*

*Temporal.*

- *La realización de las actividades de la empresa mediante este lugar fijo de negocios. Esto significa, normalmente, que las personas que de un modo u otro dependen de la empresa (el personal) realizan las actividades de la empresa en el Estado en que está situado el lugar fijo.*

Si comparamos los parámetros que utilizan la normativa interna –artículo 13.1.a) del TRLIRNR- y la convenida –artículo 5 del Modelo OCDE-, a los efectos de delimitar cuando se puede entender que una empresa situada en el extranjero –o Estado convenido- realiza una actividad económica en España mediante EP, comprobamos que si bien ambos textos coinciden en las líneas generales de la definición, la de la norma

---

<sup>16</sup> (2013), páginas 186 y siguientes sitúa en el Convenio suscrito entre el imperio austrohúngaro y Prusia en 1899, la primera norma en la que aparece el concepto de EP en el contexto internacional. El autor analiza la evolución histórica del concepto, delimitando las diferencias entre EP en el Convenio OCDE y EP en el Convenio ONU, con especial descripción de la “cláusula de fuerza de atracción”, que no se considera en el primer caso, en tanto que en el segundo se utiliza para ampliar los límites de imposición del EP en el Estado de la fuente.

interna permite calificar como actividades realizadas en España a través de EP una serie de supuestos que no superarían el filtro de dicha calificación en la norma convenida. Como complemento de lo regulado en la normativa interna, interesa destacar las aportaciones de la Dirección General de Tributos vertidas, entre otras Resoluciones, en la de 20 de noviembre de 2008, que al hilo de desentrañar, ante reestructuraciones empresariales, si la actividad realizada en España por la entidad no residente constituye o no un EP, se refiere a este como: “*asentamiento operativo complejo con coherencia económica y territorial*”<sup>17</sup>. Puesto que nuestro estudio se va a centrar en EP con actividad consolidada en España –actividad financiera-, la figura del EP, teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho sobre la cláusula general inserta en el Convenio Modelo OCDE, se puede identificar con “un lugar fijo de negocios, carente de personalidad jurídica y dotado de patrimonio suficiente, mediante el cual una empresa no residente realiza toda o parte de su actividad en España con habitualidad y permanencia”.

Por último, si relacionamos las definiciones de EP anteriormente expuestas con las definiciones elaboradas en el ámbito mercantil, podemos llegar a la conclusión de que toda sucursal “mercantil” supone un EP “fiscal”, en tanto que no todos los EP “fiscales” pueden considerarse sucursal “mercantil”, habida cuenta que el término sucursal “mercantil” está reservado para aquellas entidades extranjeras que tienen una inequívoca y clara determinación de localizarse en España para efectuar una actividad con carácter continuado e indefinido –intervenir en la producción y suministro de bienes y servicios-, de ahí todo el procedimiento formal que rodea su desembarco en España, que resulta excesivo para aquellos EP que, no obstante identificarse como tales por la normativa tributaria interna, desarrollan una actividad muy alejada a la que nos venimos refiriendo<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Otras Resoluciones de la Dirección General de Tributos en las que se analizan estructuras empresariales cara a dirimir si las mismas pueden o no ser calificadas como EP: V 1305 - 09, de 3 de junio, V 2420 - 12, de 13 de diciembre, V 2454 - 12, de 17 de diciembre y V 2457 - 12, de 17 de diciembre.

<sup>18</sup> Las diferentes coordenadas para situar al EP en norma interna y convenida así como la línea divisoria entre sucursal mercantil y EP fiscal se expusieron en Maroto Sáez A. (2008) Documento N° 6/2008, IEF, página 10.

### 1.3. APUNTES CONTABLES Y FISCALES SOBRE LAS OPERACIONES REALIZADAS ENTRE ENTIDADES VINCULADAS.

Las operaciones entre entidades vinculadas –CC y EP se consideran partes vinculadas a efectos fiscales, según lo dispuesto en el artículo 15.2.2º párrafo del TRLIRNR- constituyen, actualmente, el foco de atención de los especialistas en materia tributaria internacional, prueba de ello son los estudios que se vienen realizando por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y que se concretan, entre otros, en los siguientes:

1. *Directrices aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y Administraciones Tributarias*, cuya última actualización se publicó el 22 de julio de 2010. Esta Guía constituye la revisión actualizada del Informe de la OCDE denominado *Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales* publicado en 1979.
2. *Report on the attribution of profits to permanent establishments. Parts I (General Considerations), II (Banks), III (Global Trading) y IV (Special considerations for applying the authorised OECD approach to permanent establishments of insurance companies)* (OCDE 2010), de 22 de julio de 2010<sup>19</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho tributario interno, en el que también estas operaciones están de permanente actualidad -tanto si las mismas se realizan entre entidades residentes en España, como si se realizan entre entidades residentes y no residentes- observamos cierta inquietud en lo que se refiere a su tratamiento y valoración. Esta inquietud ya se reflejó en las modificaciones llevadas a cabo en torno al artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), a través de la Ley 36/2006, de 29 noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, cuyos principales

---

<sup>19</sup> El Informe se publicó por primera vez, el 21 de diciembre de 2006, pero solo incluía las tres primeras partes. El 18 de julio de 2008, se publicó la versión completa del Informe (OCDE 2008) que constaba de las cuatro partes indicadas. Por último, como consecuencia de la publicación de la versión del Modelo Convenio OCDE el 22 de julio de 2010, que recogió el nuevo texto del artículo 7, se publicó en la misma fecha una nueva versión del Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes (OCDE 2010), en completa sintonía con el nuevo texto del artículo 7.

objetivos –tal y como se deduce de la Exposición de Motivos- fueron: por un lado, valorar las operaciones vinculadas en el ámbito fiscal en los mismos términos que se valoran en el área contable y, por otro, *“adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia”*, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. La misma inquietud se observa en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Pues bien, en el ámbito contable, el artículo 34.2 del Código de Comercio, según redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dice textualmente: *“Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica”*. Esta filosofía asimismo se ha reflejado en la redacción de la Norma de Registro y Valoración 21 del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 6 de noviembre, *“Operaciones entre empresas del grupo”*, de la que se extrae el tercer párrafo de su apartado 1, cuyo tenor literal es el siguiente: *“En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable<sup>20</sup>, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación<sup>21</sup>. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas”*. Esta regla de alcance general se completa con tres Normas particulares, recogidas en el

---

<sup>20</sup> El concepto de valor razonable se recoge en el artículo 38 bis del Código de Comercio y en la Norma 6ª, apartado 2, del Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad, que se refiere al mismo en los términos siguientes: *“Es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua”*. Recordamos que en el ámbito fiscal el término que se utiliza en el área de operaciones entre partes vinculadas es el de “valor de mercado”. Para el estudio de la convergencia entre ambos conceptos nos remitimos al artículo de Eduardo Sanz Gadea *“Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal”*, publicado en Las monografías de la Ventana, número 13, 2008, página 6 y siguientes. Ver en la obra *“El régimen tributario de las operaciones vinculadas”* LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, la colaboración de Eduardo Luque Delgado sobre *“Las divergencias de la normativa contable y la tributaria en la regulación de las operaciones vinculadas”*, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, 2011, página 103 y siguientes.

<sup>21</sup> Ver Intervención de Eduardo Sanz Gadea en la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, sobre *“Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma”* en la obra *“El régimen tributario de las operaciones vinculadas”*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2011, página 53 y siguientes.

apartado 2<sup>22</sup>, que se refieren a “*Aportaciones no dinerarias*”, a “*Operaciones de fusión y escisión*” y a “*Operaciones de reducción de capital, reparto de dividendos y disolución de sociedades*”.<sup>23</sup>

De otra parte, el principio de “prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica” se ha venido utilizando tradicionalmente, en el tratamiento contable de la movilización de activos financieros realizada por las entidades del sector financiero. Así, la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, actualmente en vigor, en su Norma Séptima, “Características de la información” se refiere a las que debe reunir la información que se suministra a través de las cuentas anuales y demás información financiera de las entidades bancarias, estableciendo que esta debe ser: *clara, relevante, fiable* –aquí es donde se inserta el principio enunciado- y *comparable*. Con arreglo al mismo se califican las diferentes operaciones que realizan las entidades financieras, por ejemplo: las compras de títulos con pacto de recompra no opcional por parte de las entidades financieras se consideran, a todos los efectos, como préstamos en dinero que otorga la entidad financiera y no como adquisición de títulos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> El apartado 2 de la Norma de Registro y Valoración 21 ha sido objeto de modificación a través del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas.

<sup>23</sup> Con anterioridad a la modificación del artículo 34.2 del Código de Comercio y a la elaboración del Plan General de Contabilidad de 2007, el Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas ya había abierto camino en este ámbito, sentando el principio de “prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica” en distintas ocasiones, tales como en la Consulta nº 11 BOICAC 48, de diciembre de 2001, de la que extraemos: “*En este punto hay que resaltar que, en todo caso, en el registro contable es necesario analizar las operaciones objeto de registro en su conjunto, atendiendo al fondo económico que subyace en las mismas y con independencia de las denominaciones jurídicas utilizadas.*

*En este sentido, si el fondo de las operaciones descritas pusiera de manifiesto que no se trata de verdaderas transmisiones de activos entre personas jurídicas diferentes, habrá que atender a la verdadera naturaleza económica de las operaciones para proceder a su tratamiento contable, lo que exige analizar el fondo de aquella*”, idéntica tendencia se observa en la Nota publicada en el BOICAC 61 de marzo de 2005 y en la Consulta nº 3 del BOICAC 64, de diciembre de 2005.

<sup>24</sup> Ver “*Contabilidad y Análisis de Balances en la Banca*” de Pedro Pedraja García, Banco de España, Madrid, edición de 1996, página 297, en la que el autor se refiere a la movilización de activos financieros en los siguientes términos: “*Una característica contable común a todos ellos es que su registro se apoya, fundamentalmente, en el principio de prevalencia del fondo sobre la forma, esto es el criterio según el cual en los estados financieros debe prevalecer el fondo económico, quedando en segundo lugar (lo que no quiere decir olvidando) su forma jurídica*”.

Volviendo a la esfera fiscal, como ya apuntamos en líneas anteriores, es el artículo 16 del TRLIS, el que se ocupa de las operaciones vinculadas<sup>25</sup>. El número 1 del citado artículo, establece el principio de valorar a mercado las operaciones entre entidades vinculadas, esta valoración ha de realizarse por el contribuyente, con independencia de que la valoración acordada diferente a mercado hubiese producido o no, perjuicio económico para el Tesoro –recuérdese, que con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley 36/2006, era la Administración, la competente para ajustar el valor acordado de la operación a valor de mercado, siempre y cuando hubiese perjuicio para el Tesoro y pudiese hacerse el ajuste bilateral, única forma de que el ajuste original no provocase doble imposición; no obstante, nada impedía que el propio contribuyente valorase la operación a mercado-. En tanto, que el número 8 del artículo 16, da las pautas para calificar la naturaleza de la llamemos “segunda operación”; podría entenderse que en aquellas operaciones en las que el valor pactado entre las partes difiera del valor de mercado, las mismas se desdoblán en dos: una “operación principal” que responde a los perfiles que marca el mercado y otra que podríamos llamar “subordinada” y que se precisa calificar en el ámbito contable –y por supuesto en el ámbito fiscal- en función de la dirección que siga el exceso o el defecto del precio de mercado –esto es, en función de cual sea la parte de la operación que se beneficia de la diferencia apuntada-. Este ejercicio no tendría razón de ser, si una vez centrado el valor de mercado de la operación, las partes se atuvieran a él; para ello sería preciso que en los casos en que el valor de mercado fuera superior al pactado, el prestatario del servicio, comprador de la existencia, etc., pagase la diferencia al prestamista, vendedor; de otro lado, cuando el valor de mercado del servicio/ mercancía fuese inferior al valor pactado, el prestamista del servicio, vendedor de la existencia debería devolver la diferencia a la otra parte de la operación, solo de esta manera la operación valorada a mercado entraría correctamente en el circuito económico, en el contable y en el fiscal<sup>26</sup>.

Como normalmente las cosas no suceden como acabamos de apuntar, se restablece el equilibrio mediante la aplicación del denominado “ajuste secundario –bien es cierto que no siempre es necesaria su práctica, a veces el ajuste correlativo o bilateral

---

<sup>25</sup> Los parámetros que definen la vinculación fiscal contemplada en el artículo 16 del TRLIS, basados en el porcentaje de participación, presentan ligeras diferencias con los utilizados en el ámbito mercantil, que se basan en el “control” ejercido por una sociedad sobre otra. Artículo 18 de la Ley 27/2014.

<sup>26</sup> En la Ley 27/2014, artículo 18.11.b) último párrafo, se da opción al contribuyente de restituir lo que ha cobrado de menos.



es suficiente”<sup>27</sup>, así el citado número 8 prevé: *“En aquellas operaciones en las cuales el valor contable sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.*

*En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad”*<sup>28</sup>.

Dado que primero acontece el registro contable y posteriormente el cómputo fiscal, en la medida en que las entidades vinculadas contabilicen estas operaciones respetando el contenido de la Norma 21 del Plan General de Contabilidad, estarán, por así decirlo, en regla en el ámbito fiscal.

El interés que despiertan las operaciones entre entidades que integran grupos multinacionales se justifica porque las mismas vienen experimentando en los últimos tiempos una tendencia alcista con importantes repercusiones, no sólo en el ámbito empresarial en su vertiente competencial, sino también en el ámbito fiscal. Conviene tener presente que estas entidades, cuando de fijar precios a sus operaciones se trata, no siempre siguen los dictados del mercado y, este modo de proceder aunque desde el punto de vista mercantil puede no afectar al resultado del grupo, puesto que lo habitual es que el grupo consolide mercantilmente, puede llevar a que las cuentas individuales de las entidades afectadas ofrezcan una imagen distorsionada de las mismas, de ahí la

---

<sup>27</sup> El TRLIS nos indica el tratamiento a dar, si procede, a la diferencia entre el valor pactado por las partes y el valor de mercado, pero no recoge de manera expresa el término “ajuste secundario”, como tampoco recoge el término “ajuste bilateral o correlativo” utilizados en las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia (2010). El Reglamento del Impuesto da el título “Ajuste Secundario” a la Sección V del Capítulo V, en relación con el mismo se indica que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2014 ha anulado el último inciso del artículo 21.2, el párrafo segundo del artículo 21.bis.2.a) y el párrafo segundo del artículo 21.bis.2.b) de dicho texto legal, estas dos últimas modificaciones se refieren al ajuste secundario.

<sup>28</sup> Ver Colaboración de Eduardo Sanz Gadea en la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, sobre *“Fondo y forma en operaciones vinculadas”* en la obra *“El régimen tributario de las operaciones vinculadas”* editada por el Instituto de Estudios Fiscales, 2011, página 83 y siguientes.

oportunidad de una norma contable al respecto que posibilite que la contabilidad ofrezca la imagen fiel de la empresa considerada individualmente.

Estos problemas también se pueden dar y aún agudizarse, cuando tales operaciones suceden entre CC –residente en un Estado- y EP –situado en otro Estado-. En este caso no estamos ante operaciones entre dos entidades con personalidad jurídica propia que forman parte de un grupo multinacional, sino ante operaciones entre dos partes de una única personalidad jurídica, lo que en ocasiones hace incomprensible las operaciones de una persona jurídica consigo misma, por más que desde el punto de vista económico y desde la consideración de estas dos partes como departamentos o centros de producción de una empresa, cabe con toda lógica la realización de operaciones entre ellas.

Dada la independencia fiscal de la CC y del EP, una valoración de las operaciones entre ambos que no respete las leyes del mercado, puede hacer que un Estado pierda ingresos tributarios a favor de otro. De ahí que los Estados utilicen todas las herramientas a su alcance con el fin de proteger sus ingresos tributarios y en este sentido los documentos elaborados por la OCDE, mencionados anteriormente en este apartado, constituyen una ayuda valiosa.

#### **1.4. ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.**

##### **1.4.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.**

En el desarrollo de este apartado vamos a estudiar la atribución de beneficios a EP, desde la perspectiva de norma interna y desde la de norma convenida, para posteriormente analizar la tributación de la renta del EP en el Estado de la fuente.

Como dijimos en el apartado 1 de este Capítulo, la atribución de beneficios al EP se realiza tanto en el Estado de ubicación del EP, como en el Estado de residencia de la CC –como se desprende del tenor literal del artículo 7.2 del Modelo OCDE en cualquiera de sus versiones-, en el primero, para determinar la renta neta sujeta a

tributación o renta imponible, en tanto que en el segundo, para determinar el nivel de exención o crédito fiscal que las rentas generadas a través del EP van a tener en residencia. Dado que una cuestión es la atribución de beneficios al EP y otra la cuantificación de la renta tributable del EP en fuente y la cuantificación de la renta respecto de la que se ha de eliminar la doble imposición en residencia, que se rige por la norma interna de cada uno de los Estados, no es difícil que las rentas determinadas por cada Estado no sean coincidentes y de hecho sucede por lo general de esta suerte<sup>29</sup>.

#### 1) *Estado de situación del EP.*

La atribución de beneficios al EP, como habíamos apuntado en líneas anteriores, se realiza a partir de la contabilidad del EP, siempre que la misma refleje de manera razonable las funciones realizadas por el EP y que la valoración de las mismas guarde consistencia con el principio de libre competencia. Normalmente en este Estado, la contabilidad del EP suele prepararse con arreglo a la norma interna y, cuando ello es posible, de manera simétrica a la contabilidad de la CC, este modo de conducirse facilita la integración de las contabilidades a efectos de su preparación a nivel consolidado y por supuesto facilita el suministro de información tanto en el sentido EP / CC, como en el opuesto. Pues bien, el resultado contable del EP puede ser –y a veces debe ser– objeto de ajustes en punto a alcanzar la atribución de beneficios de plena competencia. Así en este Estado se dejan ver los efectos de una valoración incorrecta o interesada de las operaciones entre la CC y el EP, dichas valoraciones repercuten, en primer lugar, en el resultado contable del EP, en segundo lugar, en la atribución de beneficios de plena competencia al EP; y, en tercer lugar en la determinación de la base imponible del IRNR, que tiene como punto de partida el resultado contable; es por ello, que dichas valoraciones inciden en última instancia en los ingresos tributarios de tal Estado.

#### 2) *Estado de residencia de la CC.*

En este Estado, la atribución de beneficios al EP también parte de la contabilidad, la cual como norma general, refleja tanto las operaciones realizadas por la

---

<sup>29</sup> . Sobre esta cuestión ver Comentarios 15, 18, 27 y 30 al artículo 7 Modelo OCDE (2010) y Comentarios 38 y 39 al artículo 23 “Métodos para evitar la doble imposición” del Modelo Convenio OCDE (2010), la doble imposición se elimina en el ejercicio en que se produce. En el mismo sentido Resoluciones de la Dirección General de Tributos números 352/2009, de 23 de febrero y 469/2009, de 10 de marzo.

CC como las realizadas por el EP y ambas se anotan de acuerdo con las normas contables de dicho Estado.

En el ámbito de la consolidación mercantil todos los ingresos/gastos de la CC o del EP que tuvieran como contrapartida gastos/ingresos del EP o de la CC quedarían anulados en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada<sup>30</sup>. Así pues, el resultado contable de la entidad a nivel global se habría determinado correctamente, puesto que las operaciones realizadas entre CC y EP, como dijimos en líneas anteriores, no tienen consecuencias jurídicas para el conjunto de la entidad, por tanto en este punto y para las operaciones concretas que hemos mencionado, carecería de importancia la valoración dada a las mismas. Igualmente sucedería en la esfera fiscal si tanto la CC como el EP estuviesen localizados en el mismo Estado, esto es, no habría repercusiones fiscales de ningún tipo. Pero sucede, en el contexto que estamos estudiando, que cada parte de la empresa –CC y EP- ha de tributar en una jurisdicción distinta y en este punto es, donde adquiere todo sentido que cada parte de la empresa tribute en su jurisdicción sobre la base de haber atribuido beneficios con arreglo al principio de libre competencia, de ahí la necesidad de valorar las operaciones entre ambas partes de la misma forma que se valorarían de darse dichas operaciones entre partes independientes.

La entidad en sede de residencia, cuando tributa por renta mundial<sup>31</sup>, puede eliminar la doble imposición respecto de las rentas obtenidas a través del EP – aplicando, bien régimen de exención o régimen de imputación<sup>32</sup>-. Pues bien, la eliminación de la doble imposición de la renta ha de partir de la correcta cuantificación de la aportada a la sociedad por el EP y ello, a su vez, depende de la correcta atribución de beneficios al EP. Y es en la realización de este primer paso donde puede notarse la influencia en sentido negativo o positivo de una valoración inapropiada de las mentadas

---

<sup>30</sup> En el caso de venta de bienes de inversión, el ingreso obtenido por la venta por una de las partes, tiene como contrapartida el coste de adquisición en el ejercicio de la venta y las amortizaciones en el mismo ejercicio y en los siguientes hasta la finalización de la vida útil del bien de inversión, para la otra. En consecuencia el consolidado mercantil queda afectado, porque no se podría dar el beneficio o pérdida de la venta hasta que el bien haya salido del grupo.

<sup>31</sup> Se recuerda que los sistemas tributarios de algunos países descansan en el principio de territorialidad, por ejemplo: Costa Rica, en estos casos las rentas de fuente extranjera no soportarán doble imposición en sede de residencia.

<sup>32</sup> La eliminación de la doble imposición se realizará según lo previsto en la normativa interna o en el Convenio correspondiente, dependiendo de la normativa que corresponda aplicar.

operaciones, influencia que asimismo repercutiría automáticamente, como dijimos en líneas anteriores, en los ingresos tributarios de este Estado y en el de ubicación del EP.

La valoración de las operaciones realizadas entre CC y EP no es el único problema al que nos enfrentamos en materia fiscal, existen otras situaciones que de alguna manera requieren de corrección del resultado contable del EP en las dos jurisdicciones implicadas. Como por ejemplo es frecuente que la contabilidad de la CC recoja anotaciones que afecten exclusivamente al EP y que sin embargo no han sido recogidas en los registros contables de éste, el efecto final sería que, si bien a nivel consolidado CC/EP la contabilidad nos proporcionaría “la imagen fiel” de la empresa, no se podría decir lo mismo de la contabilidad del EP que no nos suministraría la “imagen fiel” del mismo. En suma, los apuntes contables del EP constituyen el punto de partida para atribuir beneficios al EP, siempre que, llegado el caso, puedan rectificarse para:

1. Valorar las operaciones realizadas entre CC y EP según el mercado.
2. Asignar correctamente ingresos y gastos económicos al EP, con independencia de su registro contable<sup>33</sup>.

Ambos tipos de contingencia repercuten en la atribución de beneficios al EP y por tanto pueden incidir en el Estado de situación del EP –determinación inadecuada de la Base Imponible y del impuesto a pagar- y en el Estado de residencia de la CC –determinación errónea de la renta generada por el EP y cálculo incorrecto de la base de exención o del crédito fiscal a los efectos de eliminar la doble imposición-<sup>34</sup>.

#### 1.4.2. NORMATIVA INTERNA.

El artículo que regula la atribución de beneficios a EP, en cuanto patrimonio y personalidad fiscal distintos de su CC, es el artículo 16 del TRLIRNR, que establece:

---

<sup>33</sup> Los sueldos del personal del EP a veces, debido a la legislación laboral del Estado de situación del EP, se anotan solo en cuentas de la CC. En otro ámbito de gastos, ver Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, de 15 de diciembre de 2011 y de 11 de febrero de 2013, en las que se establece que los gastos de dirección y generales de administración realizados para los fines de un EP situado en el extranjero y contabilizados en sede de la CC en España, minoran la renta del EP a los efectos de eliminar la doble imposición. En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2008, de 19 de febrero de 2009 y de 2 de marzo de 2011.

<sup>34</sup> El antecedente de este epígrafe 1.4.1. se encuentra en el trabajo presentado para obtener el Diploma de Estudios Avanzados, recogiendo posteriormente en el Documento Nº 6/2008, IEF, página 11.

*Artículo 16. Rentas imputables a los establecimientos permanentes.*

*1. Componen la renta imputable al establecimiento permanente los siguientes conceptos:*

- a. Los rendimientos de las actividades o explotaciones económicas desarrolladas por dicho establecimiento permanente.*
- b. Los rendimientos derivados de elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente.*
- c. Las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente.*

*Se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto. Los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad sólo se considerarán elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente cuando éste sea una sucursal registrada en el Registro mercantil y se cumplan los requisitos establecidos reglamentariamente.*

*A estos efectos, se considerarán elementos patrimoniales afectos los transmitidos dentro de los tres períodos impositivos siguientes al de la desafectación.*

*2. En los casos de reexportación de bienes previamente importados por el mismo contribuyente, se considerará:*

- a. Que no se ha producido alteración patrimonial alguna, sin perjuicio del tratamiento aplicable a los pagos realizados por el período de utilización, si se trata de elementos de inmovilizado importados temporalmente.*
- b. Que ha habido alteración patrimonial, si se trata de elementos de inmovilizado adquiridos para su utilización en las actividades desarrolladas por un establecimiento permanente.*
- c. Que ha habido rendimiento, positivo o negativo, de una actividad o explotación económica, si se trata de elementos que tengan la consideración de existencias.*

Dicho artículo se complementa por el artículo 15.2 que decreta que las operaciones entre CC y EP o entre EP y otros EP han de valorarse a precios de mercado y por el artículo 17.1.b) y c) del TRLIS, que establece el modo en que han de calcularse las plusvalías derivadas de activos afectos al EP, cuando se produce el cese o liquidación del mismo, o bien cuando los activos se transfieren a la CC, permitiendo en este último caso, siempre y cuando la CC resida en un Estado miembro de la Unión Europea, el diferimiento del pago del IRNR sobre las plusvalías latentes, a petición del sujeto pasivo, hasta el momento en que el activo en cuestión se transmita a terceros<sup>35</sup>.

Del contenido de estos artículos que, en líneas generales, siguen la pauta del artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010)<sup>36</sup>, extraemos los puntos nucleares para atribuir beneficios al EP:

1) Necesidad de identificar las operaciones vinculadas.

Dado que las operaciones realizadas entre CC y EP no tienen consecuencias jurídicas para el conjunto de la entidad, habida cuenta que no existen contratos entre ambas partes por la sencilla razón de que “uno no puede contratar consigo mismo”, lo más formal que podemos encontrar son acuerdos; de ahí que resulte importante diferenciar si estamos en presencia de una operación real o de una mera anotación contable. Para ello procede analizar si la operación realizada entre CC y EP, o entre EP y otros EP de la misma CC e inclusive entre EP y otras entidades vinculadas a su CC se hubiera realizado con un tercero independiente, en caso afirmativo, estaríamos sin duda ante una operación real; a renglón seguido se verificaría si las condiciones pactadas en estas operaciones se pactarían entre partes independientes. Cuando estas premisas no se satisfacen, probablemente estaríamos ante una operación de sesgo artificial, en cuyo caso lo más prudente sería no tenerla en cuenta, no obstante despacharse con una anotación contable<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> La jurisprudencia del TJUE formada, entre otras, por la Sentencia de 29 de noviembre de 2011, C -371 -10, referida a National Grid Indus BV ha motivado la modificación del artículo 17.1 del TRLIS, llevada a cabo por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales, añadiendo el párrafo relativo al diferimiento del pago del IRNR. Dicha modificación se aplica a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013.

<sup>36</sup> Artículo 7.2 y 3 en la versión del Modelo OCDE (2008).

<sup>37</sup> Las normas antiabuso de carácter general, artículos 13, 15 y 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, permitirían desarrollar esta actuación, ver Colaboración de Eduardo Sanz Gadea en la LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, sobre “*Fondo y forma en operaciones vinculadas*” en la obra “*El régimen tributario de las operaciones vinculadas*” editada por el Instituto de Estudios Fiscales, 2011,

En cuanto a los métodos de valoración, se encuentran regulados en el artículo 16.4 del TRLIS, que sigue las pautas de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE.

2) Adscripción al EP de todos los ingresos y gastos en sentido económico que se vinculen a sus funciones, activos y riesgos, con independencia del lugar donde se realicen y de los libros en que se anoten.

Las normas mencionadas necesariamente han de conciliarse en una misma dirección, dirección que ha de llevar a atribuir beneficios al EP considerando las funciones que desarrolla en el Estado de situación, los activos asignados para desarrollar esas funciones y los riesgos inherentes a funciones y activos.

Ahora bien, para que estas normas puedan satisfacer el principio de plena competencia en la atribución de beneficios al EP, partiendo de la ficción de considerar a tal EP como si fuese una entidad separada de su CC, el EP o división de la empresa ha de contar con el patrimonio adecuado y, por tanto, con el capital suficiente para ejecutar las funciones que dentro de la empresa en su conjunto se le han encomendado. Y en este plano, patrimonio y capital del EP deben definirse considerando la CC y sus funciones y cada EP y sus funciones como un todo armónico. De ahí que si un EP en el Estado de situación carece de capital inscrito en libros o dicho capital resulta insuficiente para llevar a cabo su misión –como viene sucediendo en el ámbito de determinados sectores y concretamente en el sector financiero- por mucho que se aplique el principio de libre competencia a la valoración de las operaciones entre EP y CC o entre diferentes EP de la CC, de alguna manera se estaría vulnerando dicho principio a la hora de atribuir beneficios al EP, puesto que estamos incumpliendo una de las premisas fundamentales para que la ficción de considerar al EP como empresa independiente de su CC pueda funcionar y es que no estamos configurando al EP como tal “empresa separada” al

---

página 95. En la Guía de Precios de Transferencia (2010), el Párrafo 1.65 sugiere, en estas situaciones, ignorar la operación, en tanto que el Párrafo 9.163, una vez reconocido el derecho de las multinacionales a realizar las operaciones como estimen convenientes, también considera el derecho de la Administración de revisar su estructura y si lo estima conveniente practicar ajuste, en la medida en que las operaciones no respondan a un patrón clásico de motivación económica.



privarle de uno de los elementos imprescindibles en cualquier empresa, como es el capital suficiente.

Partiendo de este planteamiento, cuando una entidad residente en un Estado desee realizar actividades en otro Estado mediante la figura de EP, una vez asignado al mismo funciones, activos y riesgos, el paso siguiente ha de ser dotar de cierto patrimonio al EP, esto es de proporcionarle aquella parte de bienes, derechos y deudas de la empresa necesarios para que el EP pueda desarrollar satisfactoriamente la actividad encomendada y afectarlos funcionalmente a éste. En definitiva, de lo que se quiere dejar constancia es de que la ausencia de capital en un EP automáticamente acarrea la asunción de préstamos para equilibrar el total activo –situación que no tiene equivalente en una sociedad que desenvuelve su actividad con capital suficiente-, y con ello el registro de un gasto por intereses en la cuenta de pérdidas y ganancias desproporcionado, si se comparara tal cuenta de pérdidas y ganancias con la de otro EP o con la de otra sociedad que realizasen idéntica actividad que nuestro EP, pero que a diferencia de éste tuviesen anotado en su balance una cifra de capital suficiente respecto de la actividad desarrollada, principio que la norma mercantil exige en términos generales<sup>38</sup>. Concretamente y por lo que atañe a las sociedades anónimas, la cifra de capital suficiente se contempla en los artículos 4.2 y 327 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>39</sup>.

#### 1.4.3. NORMATIVA CONVENIDA.

En el ámbito convenido, el estudio de la atribución de beneficios a EP pivota alrededor del artículo 7 del Modelo OCDE y de los Comentarios al mismo, y cualquier análisis que se haga de uno y otros pasa por referirse al Informe OCDE (2010) y al modo en que el contenido del mismo en la versión OCDE (2008) se ha incardinado en los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE vigente a la fecha de publicación.

---

<sup>38</sup> Algunas de estas reflexiones sobre la importancia del capital ya se apuntaron en el trabajo realizado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, recogiendo posteriormente en el Documento N° 6/2008, IEF, página 13.

<sup>39</sup> Artículos 4, 163 y 260.1.4° del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 23 de diciembre, por el que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Este aspecto se desarrolla en el Capítulo 2 “Establecimientos Permanentes de Entidades Financieras”, apartado 2.4 “El Capital y sus funciones”.

Pues bien, el Informe OCDE (2008) ha recogido el resultado de los estudios que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE venía realizando desde tiempo atrás sobre este tema, de ahí que la manera en que finalmente se han abordado las cuestiones más polémicas que planteaban las operaciones realizadas entre la CC y el EP, de alguna forma, se nos venía anticipando a través de los diferentes informes publicados al respecto. Por otra parte, y a los efectos de la adopción del enfoque que la OCDE<sup>40</sup> da al EP, estableciendo la ficción de considerarle como una “entidad funcionalmente separada de su CC”, en el propio texto del Informe se diseñó la ruta para acomodar dicho enfoque al texto del Modelo OCDE en vigor en la fecha de publicación del Informe y al de sus Comentarios, esta hoja de ruta ha consumido dos etapas:

Etapa 1ª) Modificar los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE, para incorporar aquellas orientaciones adicionales recogidas en el Informe, en la medida en que las mismas no se opusieran a los Comentarios en vigor a la fecha de la primera publicación del Informe –21 de diciembre de 2006-. Esta etapa concluyó con la publicación de la versión del Modelo OCDE y de sus Comentarios el día 17 de julio de 2008<sup>41</sup>.

Etapa 2ª) Reescribir el artículo 7 del Modelo OCDE, para importar de manera definitiva las conclusiones alcanzadas por el Comité e incorporadas al Informe OCDE (2008) a dicho artículo 7 y a sus Comentarios. Pues bien, este trabajo asumido como compromiso en la Introducción, Párrafo 9, del Informe OCDE (2008), ya ha dado sus frutos, primero con la publicación del Borrador del Documento “Cambios a incluir en la puesta al día a 2010, del Modelo OCDE”, en fecha 16 de abril de 2010, y posteriormente con la publicación de la nueva versión del Modelo OCDE, el 22 de julio de 2010, en la que se recoge el texto ya modificado del artículo 7, y sus Comentarios. El mismo día también se publicó la versión revisada del Informe de Atribución de Beneficios (OCDE 2010) que siguiendo la filosofía de la versión de 2008 se adapta al nuevo texto del artículo 7 del Modelo OCDE.

---

<sup>40</sup> Informe OCDE (2008), Introducción, Párrafo 9.

<sup>41</sup> Ver Introducción, Párrafo 10 del Informe OCDE (2008) que señala que el Comité considera que “muchas” de las conclusiones contenidas en las partes I a III no contradicen los Comentarios actuales –la actualidad se situaba en el 21 de diciembre de 2006, fecha en que se publicaron las Partes I a III del Informe OCDE-.

Una vez justificado el papel del Informe OCDE (2008)<sup>42</sup> y su relación secuencial con el Modelo OCDE, pasamos a analizar el contenido del artículo 7 del Modelo OCDE, “Beneficios Empresariales”, observando que el mismo satisface las siguientes funciones<sup>43</sup>:

- 1) En primer lugar el artículo distribuye la potestad tributaria respecto de estas rentas entre los dos Estados contratantes, reconociendo en principio al Estado de residencia potestad exclusiva para gravar estas rentas, si bien esta potestad se comparte con el Estado de la fuente cuando la entidad desarrolla la actividad empresarial en este último Estado a través de un EP.
- 2) En segundo lugar, sienta unas normas materiales marco que nos dan las pautas para atribuir beneficios al EP tanto en el Estado de la fuente, como en el Estado de residencia, y que se basan en la consideración del EP como una entidad hipotéticamente distinta y separada de su CC, lo que conlleva valorar las operaciones internas del mismo modo en que se valorarían si las mismas se realizasen con terceros, esto es, de acuerdo con el principio de plena competencia.

Realizada la atribución de beneficios, es la norma interna o local de cada uno de los Estados la que perfila todos los elementos del hecho imponible, construye el beneficio fiscal o renta del EP y determina la base imponible del EP a efectos del IRNR –Estado de la fuente- y la renta respecto de la que se tiene que eliminar la doble imposición –Estado de residencia- lo que puede llevar a que el importe de la renta sea diferente en cada Estado.

El Estado de la fuente –España- a la hora de deducir gastos debe respetar, como no podía ser de otra forma, los límites marcados por:

- La norma convenida, que como norma paccionada tiene rango jurídico superior a la normativa interna, artículo 24 que consagra el principio de no discriminación, apartado 3. El legislador español, como se ha apuntado en líneas anteriores, a la hora de

---

<sup>42</sup> Las conclusiones e interpretaciones recogidas en la versión del Informe OCDE (2010) son prácticamente idénticas a las recogidas en el Informe OCDE (2008), con las puntualizaciones necesarias que requería el nuevo texto del artículo 7.

<sup>43</sup> En Maroto Sáez A.(2008), páginas 14, 15 y 16 se contiene el análisis del artículo 7, versión (2005) con el enfoque dado al análisis de la versión (2008) en los epígrafes 1.4.3. y 1.4.3.1.

redactar normas cuyo alcance va más allá del espacio español, suele tener en cuenta las pautas marcadas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE plasmadas en los Comentarios al Modelo OCDE, así como las *Directrices sobre Precios de Transferencia*, de ahí que la norma interna desarrollada en el apartado 1.4.2 anterior no resulte alejada de la convenida, como veremos a continuación.

- La norma comunitaria, a la que también se subordina como miembro de la Unión Europea, procurando no vulnerar los principios de “libertad de establecimiento” –artículo 43 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes artículo 52 del Tratado de Roma- y “no discriminación” –artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes artículo 7 del Tratado de Roma-.

A continuación se analiza el artículo 7 del Modelo Convenio de la OCDE, incorporado en las dos últimas versiones, a partir del texto correspondiente previamente transcrito.

#### 1.4.3.1. VERSION MODELO OCDE, de 17 de julio de 2008.

##### *ARTICULO 7. “BENEFICIOS EMPRESARIALES”*

*“1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.*

*2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.*

*3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente,*

*incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.*

*4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de las utilidades totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera las utilidades imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.*

*5. No se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.*

*6. A efectos de los apartados anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.*

*7. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.”*

Como muy bien puede observarse de la lectura de este artículo, el mismo a la hora de atribuir beneficios al EP parte del principio de considerar al EP como una entidad separada de su CC y en este sentido hemos de interpretar tanto la redacción del apartado 2, como la del apartado 3 del artículo, cuyos textos no son sino el reflejo de la preocupación del Estado español y de los demás Estados que forman parte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y que han participado en la elaboración del Modelo OCDE y de sus Comentarios y en sus sucesivas revisiones por las implicaciones que en el ámbito de la fiscalidad internacional tienen las operaciones entre partes vinculadas, en este caso en concreto aunque CC y EP constituyen una única personalidad jurídica, en la medida en que CC y EP operan en jurisdicciones fiscales diferentes se establece la ficción de considerarlas como unidades económicas separadas con personalidad fiscal independiente, a los efectos de delimitar exactamente los ingresos y gastos de cada una

de las partes de la empresa vinculados a la actividad ejercida por estas en su territorio de actuación<sup>44</sup>.

Dicho esto, volvemos al texto del artículo 7 del Modelo OCDE, de cuya lectura se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El número 2 consagra el principio de personalidad o independencia fiscal, que no jurídica, de los EP respecto de su CC; de ahí, su mandato de *"atribuir al Establecimiento Permanente los beneficios que este hubiera podido obtener si en lugar de tratar con su Central, operase con una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones"*. Por tanto, debe exigirse exquisito cuidado en la adscripción de los ingresos y gastos del EP, así como en la exacta delimitación de los ingresos y gastos de su CC y de los ingresos y gastos de los demás EP que pueda tener la CC, ya que la indebida adscripción entre unos y otros puede perjudicar los ingresos tributarios de un Estado en favor de otro o viceversa.
- El número 3 permite la imputación, a los efectos de atribuir beneficios al EP, de los gastos en que se haya incurrido para la realización de los fines del EP con independencia del lugar en el que los mismos se hayan efectuado. De esta redacción podemos destacar que el artículo 7.3 no limita los gastos que pueden asignarse para la determinación del beneficio del EP; así pues, en principio, cualquier tipo de gasto puede asignarse al EP, a condición de que dicho gasto se haya realizado para los fines del EP. Sentando este principio general, el citado artículo 7.3, únicamente nombra un tipo de gasto: *"los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el Establecimiento Permanente, como en otra parte"*, tipo peculiar de gasto que no se realiza directamente por el EP y que en determinados casos ni tan siquiera contabiliza y financia el EP; ambas actividades muy bien pueden

---

<sup>44</sup> El enfoque de empresa separada data de la primera versión del Modelo OCDE (1963), si bien es cierto que según en qué aspectos esta separación era relativa –cánones, intereses, operaciones internas de tesorería en ámbitos no financieros–, es en la versión del Modelo OCDE (2010) donde se aprecia este principio de empresa separada de manera más tajante.

realizarse por la CC procediendo en una segunda etapa a imputar a los EP.<sup>45</sup>

En definitiva, lo que nos está indicando el artículo 7, interpretado por los Comentarios al Modelo OCDE es, por una parte, el principio de independencia del EP respecto de su CC y, por otra, el principio de libre mercado en las relaciones con los diferentes EP y su CC.

Por ello, la aplicación del contenido del artículo 7.3. del Modelo OCDE no supone la ruptura del criterio de considerar al EP como una empresa separada o independiente de su CC que predica precisamente el apartado 2 del artículo 7 citado, sino su confirmación, considerándose que si la imputación de estos gastos se realiza como mínimo por el coste que los mismos han supuesto para la CC, se ha respetado plenamente el principio de “valorar a mercado” las operaciones entre la CC y los EP contenido en dicho apartado.<sup>46</sup>

En resumen, el contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 7 del Modelo OCDE, entendemos que es la aplicación del principio de plena competencia a todas las operaciones que se realicen entre la CC y el EP, principio que tal y como indica el Comentario número 14 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008)<sup>47</sup>, debe entenderse en los mismos términos que se le da en el ámbito del artículo 9 del Modelo OCDE.

La idea que subyace bajo este principio, no es otra que atribuir al EP todos los ingresos y gastos que desde el punto de vista económico se corresponden con el

---

<sup>45</sup> El texto del artículo 7.3 del Modelo OCDE no exige para la atribución del gasto la inscripción contable del mismo en cuentas del EP, sólo que el gasto debe servir a los fines del EP. En la normativa española – artículo 18.1.b del TRLIRNR- caso de que estos gastos no estén contabilizados, se exige que se informe de los mismos en los Estados Contables del EP, así como que se deje constancia de ellos en la Memoria informativa que debe presentarse con la declaración del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, en dicha Memoria han de reflejarse los importes, criterios y módulos de reparto. Ver Resolución de la Dirección General de Tributos de 14 de mayo de 1999, en la que se dice que el requisito de contabilización se entiende cumplido si los gastos se reflejan en la Memoria de las Cuentas Anuales, materializándose su deducción en el Impuesto mediante ajuste extracontable.

<sup>46</sup> Consultar Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE (2008), concretamente los Comentarios números 14 a 26 se refieren al apartado 2 -operaciones entre CC y EP- y los Comentarios números 27 a 51 se refieren al apartado 3 –imputación de gastos al EP-; en ellos se analizan las diferentes operaciones entre un EP y su CC y su efecto fiscal, independientemente de que haya habido flujo monetario real entre el EP y la CC y de su contabilización. En la versión del Modelo OCDE (2005) los Comentarios números 11 a 15.4 se refieren al apartado 2 y los números 16 a 24 al apartado 3 del artículo 7.

<sup>47</sup> Comentario 11 al artículo 7 del Modelo OCDE (2005).

desarrollo de su actividad, atribución que se hará a valor de mercado y este ejercicio, como decíamos en el apartado 1.4.2. anterior, solo nos conducirá a un resultado coherente cuando el capital del EP cumpla el principio de “capital suficiente”<sup>48</sup>.

A continuación se reproducen los Comentarios 17 y 18 al artículo 7 por considerar que los mismos pueden servir de guía en la tarea de atribuir beneficios al EP, habida cuenta que de ellos se deducen las pautas para interpretar correctamente la letra del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE.

*Comentario 17. Para poder determinar la necesidad de proceder al ajuste en virtud del apartado 2, será necesario determinar las utilidades que hubieran podido obtenerse si el establecimiento permanente hubiera sido una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, y tratase con total independencia con el resto de la empresa. En los apartados D-2 y D-3 de la Parte I del “Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes” se describe el análisis en dos fases mediante el que realizar tal determinación. Este análisis permite el cálculo de las utilidades imputables a todas las actividades efectuadas a través de un establecimiento permanente, comprendidas las transacciones con empresas independientes, las transacciones con empresas asociadas y las operaciones internas con otras partes de la empresa a la que pertenecen (por ej. la transferencia interna de bienes o de capital, o la prestación interna de servicios – véanse, por ejemplo, los párrafos 31 y 32-) con otras partes de la empresa (siguiendo la segunda fase de las mencionadas anteriormente), conforme a la pauta señalada en el apartado 2.*

*Comentario 18. La primera fase de este análisis precisa de la identificación de las actividades desarrolladas a través del establecimiento permanente. Esta determinación debe realizarse aplicando un análisis funcional y factual (a cuyos efectos puede recurrirse a las pautas contenidas en las Directrices aplicables en materia de precios*

---

<sup>48</sup> Comentarios 45 a 49 al artículo 7.3 del Modelo OCDE (2008), en los que se alude a la necesidad de dotar de una estructura adecuada de capital al EP como medio de cuantificar los gastos por intereses por el uso de capitales ajenos. El Comentario 48 del Modelo OCDE (2008) se pronuncia abiertamente por el principio de simetría, en el sentido de que CC y EP utilicen el mismo método para atribuir “Capital libre” al EP, puesto que de esta forma se minimizan los problemas de doble imposición. Comentarios 18.3, 19 y 20 en la versión del Modelo OCDE (2005). Sobre este particular, J. M. Calderón Carrero en la obra colectiva “*Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*”, editorial CISS, Valencia 2013, página 221 considera que el modelo de tributación que se deriva del artículo 7 del Modelo OCDE versión (2008) incorpora algunos elementos sobre los recogidos en versiones anteriores, entre otros la “atribución de capital”.



*de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias). Durante la primera fase se identifican las actividades con trascendencia económica realizadas por el establecimiento permanente y las responsabilidades asumidas por este. En la medida en que sea pertinente, en este análisis se considerarán las actividades y responsabilidades que correspondan al establecimiento permanente en el contexto de las actividades y responsabilidades correspondientes al conjunto de la empresa, en especial a aquellas partes de la empresa que realicen operaciones internas con el establecimiento permanente. Durante la segunda fase del análisis se procederá a determinar la contraprestación correspondiente a dichas operaciones internas, aplicando por analogía los principios desarrollados para la aplicación del principio de plena competencia entre empresas asociadas (principios articulados en las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias) tomando como referencia las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y a través del resto de la empresa<sup>49</sup>.*

Para finalizar el análisis del artículo 7 del Modelo Convenio, hay que precisar dos cuestiones de capital importancia: En primer lugar, debido al reparto de funciones entre CC y EP es posible atribuir beneficios al EP aún en el supuesto de que la entidad desde un punto de vista global tenga pérdidas; “*sensu contrario*” se pueden atribuir pérdidas al EP aunque la entidad a nivel global haya generado beneficios<sup>50</sup>. Y, en segundo lugar, el artículo 7 da pautas para asignar ingresos y gastos a los EP, pero, como dijimos anteriormente, en ningún caso avala la tributación de los primeros, ni la deducibilidad de los segundos; ambos temas han de resolverse por aplicación de las normas internas de los Estados de situación del EP y de residencia de la CC<sup>51</sup>.

#### 1.4.3.2. VERSIÓN MODELO OCDE, de 22 de julio de 2010.

### ARTÍCULO 7. BENEFICIOS EMPRESARIALES.

---

<sup>49</sup> Las claves para verificar la existencia de operaciones internas y su tratamiento se contemplan en el Informe OCDE (2008), Parte I, Párrafos 36/41 y 207/217; para operaciones internas en el sector financiero Parte II, Párrafos 55/60 y 135/203, respectivamente.

<sup>50</sup> Principio de plena competencia, Comentario número 11 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008), en el mismo sentido Comentario número 17 al artículo 7 del Modelo OCDE (2010).

<sup>51</sup> Comentarios números 15, 18, 27 y 30 al artículo 7 del Modelo OCDE (2010). Comentario número 30 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008).

El artículo 7 del Modelo OCDE en su versión de 22 de julio de 2010, presenta el siguiente texto:

*“1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. A los efectos de este Artículo y del Artículo 23 (A) y 23 (B), los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere al apartado 1, son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.*

*3. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2, un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que han sido gravados en el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.*

*4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.”*

Si comparamos la literatura del nuevo artículo 7 del Modelo OCDE (2010) con la del artículo 7 de las versiones anteriores, observamos<sup>52</sup>:

---

<sup>52</sup> Ver A. Galera Pita (2013), páginas 21 y siguientes, en las que se detallan minuciosamente los antecedentes que llevan al cambio del literal del artículo 7 y la comparativa de los apartados del artículo en las versiones de (2008) y (2010).

- 1) En el apartado 1 de la versión (2008) y anteriores, los beneficios se someten a imposición en el Estado de la fuente, solo en la medida en que sean imputables al EP, sin que de la segunda parte del apartado 1 de la versión (2010) pueda entenderse algo diferente. Esta segunda parte aclara que los beneficios que pueden someterse a imposición en el Estado de la fuente son los imputables de conformidad con las disposiciones del apartado 2. Pero en la versión (2008) también se imputan beneficios según las disposiciones del apartado 2.
- 2) Las disposiciones del actual apartado 2 del artículo, como las del apartado 2 de la versión (2008) consideran al EP como una “entidad distinta y separada” de la CC, lo que significa que los dos Estados contratantes cuando atribuyan beneficios al EP tienen que observar esta regla en las relaciones del EP con su CC o con otras divisiones de la misma, única manera de atribuir beneficios de acuerdo con el principio de libre competencia. El texto del actual apartado 2 acompaña a la expresión como una “entidad distinta y separada”, el complemento “a los efectos de los artículos 7 y 23”, que, en mi opinión, en la anterior redacción se daba por supuesto.
- 3) El hecho de que el nuevo texto del apartado 2 haga mención expresa a las funciones ejecutadas, a los activos utilizados y a los riesgos asumidos<sup>53</sup> por el EP lleva directamente a la asignación de “capital libre” al EP. Estos conceptos también se localizan en los Comentarios 18 y 45 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008), así como en los sucesivos Documentos que culminaron en el Informe de Atribución de Beneficios de (2008), de la misma forma que en el texto de los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE en versiones anteriores a (2010) se contienen referencias a la necesidad de atribuir “capital libre” del EP. Realmente la operación de atribuir beneficios al EP, según el principio de libre competencia, difícilmente puede comprenderse sin atribuir una cifra de “capital libre”.
- 4) La desaparición en la versión actual del artículo –Modelo OCDE (2010)- del texto del apartado 3 de las versiones anteriores no supone, en mi opinión, ninguna ruptura, ni cambio en el artículo. Esto es, dicha ausencia no significa

---

<sup>53</sup> Conceptos importados de la Guía de Precios de Transferencia, que constituyen la piedra angular del análisis funcional, análisis al que estamos abocados en el ejercicio de atribuir beneficios al EP, como se recoge en el texto del Comentario 18 al artículo 7, versión (2008), anteriormente transcrito.

que no se puedan imputar al EP los gastos a los que se refería el 7.3 del Modelo OCDE (2008), pues la atribución de beneficios al EP de acuerdo con el principio de libre competencia, lleva implícito la imputación al EP de todos los gastos realizados en su beneficio, o para sus fines, con independencia del lugar en el que se realicen y de que se paguen por la CC. Así se constata en los Comentarios 38, 39 y 40 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2010), que vienen a decir que la supresión del 7.3 versión (2008) se ha realizado para salir al paso de determinadas interpretaciones del mismo que veían que el texto del 7.3 limitaba de alguna manera la atribución de los gastos indirectos<sup>54</sup>. El sentido del actual 7.2 es el de tener en cuenta todos los gastos realizados directa e indirectamente para los fines del EP, pues así se realizaría en una empresa independiente, por lo que ha de entenderse que el antiguo apartado 3 está subsumido en el nuevo apartado 2.

- 5) La llamada al Estado, que presumiblemente haya gravado una renta que no le correspondía, a practicar un ajuste para neutralizar dicha tributación, contenida en el nuevo apartado 3, no es sino la defensa del principio de que todas y cada una de las divisiones de una empresa tributen en la jurisdicción fiscal en la que desenvuelven su actividad por los beneficios atribuidos, de conformidad con el “principio de libre competencia”. El ajuste es la herramienta que garantiza la eliminación de la doble imposición –objetivo básico de los Convenios<sup>55</sup>-. Puede decirse que el artículo 7.3 es a las relaciones entre CC y EP lo mismo que el artículo 9.2 a las relaciones entre empresas asociadas. La cobertura para practicar el ajuste en la versión del Modelo Convenio (2008) y anteriores se localiza en el artículo 7.2<sup>56</sup>.
- 6) La desaparición de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 7 del Modelo OCDE (2008), es producto de la incompatibilidad del texto de los mismos con la

---

<sup>54</sup> El Convenio con Italia, en su Protocolo de Acuerdo, letra b) dice: *Por lo que se refiere al artículo 7, párrafo 3, se entiende por “gastos en los que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente” los gastos directamente afectos a la actividad del establecimiento permanente*. Este Convenio es el único de los suscritos por España que impide la imputación de gastos indirectos.

<sup>55</sup> En el propio título de los Convenios para evitar la doble imposición se recoge otro objetivo no menos importante: “prevenir la evasión y el fraude fiscal”, objetivo al que se dedican de manera copiosa los Comentarios al artículo 1.

<sup>56</sup> El apartado 2 establece que los dos Estados contratantes han de atribuir beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia. En la medida en que no se haya respetado este principio, y se ajuste el beneficio en un Estado, necesariamente, por imperativo del Convenio, ha de eliminarse la doble imposición en el otro Estado. El ajuste a practicar para evitar la doble imposición jurídica es el bilateral o correlativo, en ningún caso habrá lugar a practicar el ajuste secundario.

atribución de beneficios al EP de acuerdo con el “principio de libre competencia”. Dada la importancia que se da al análisis funcional y de riesgos del EP, habrá que examinar todas las operaciones realizadas entre EP y CC, aún las auxiliares y marginales, por si las mismas requieren atribuir beneficios al EP o si en atención a su escaso peso se prescinde de ellas fiscalmente.

- 7) Se mantiene el apartado 7, que en esta versión se numera como 4, puesto que el principio de libre competencia es incompatible con el principio de “*vis attrativa*”<sup>57</sup>

Consecuencia del literal del artículo, en los nuevos Comentarios al artículo 7 encontramos una suerte de ampliación del perímetro de operaciones entre CC y EP que deben valorarse a mercado. Así, en las versiones (2005) y (2008) determinadas operaciones no se reconocían como tales, por ejemplo: los pagos de cánones e intereses –en ámbitos no financieros-, precisamente porque se trataba de operaciones entre partes de una misma persona jurídica, lo cual venía a reconocer, de alguna manera, la aceptación limitada del principio de empresa independiente y separada del EP. En la versión (2010), dichas operaciones se admiten como modo de equiparar las relaciones CC/EP a las relaciones Matriz/Filial<sup>58</sup>. En cuanto a la valoración de las operaciones entre CC y EP, en la versión (2008) y anteriores determinadas operaciones debían facturarse al coste, sin añadir margen alguno –gastos de dirección y generales de administración, entre otros-, con la nueva versión, la pauta general es valorar a mercado, y en determinados casos, dependiendo de las circunstancias que concurran, se podrá valorar por el coste o por el precio de plena competencia<sup>59</sup>. A lo anterior, se suma el reconocimiento de los “pagos nocionales”, de manera que ante una operación entre CC y EP, se contemplan dos posibilidades:

---

<sup>57</sup> El Convenio entre España y Argentina, de 21 de julio de 1992, distribuye competencia tributaria reconociendo el principio de “*vis attrativa*” para atribuir beneficios al EP; en idéntico sentido el nuevo Convenio suscrito el 11 de marzo de 2013.

<sup>58</sup> Sobre este particular se recomienda la lectura del Capítulo III Reglas de Reparto de Potestades Fiscales, III.2.3. “*Las reglas de tributación de los beneficios empresariales obtenidos a través de establecimientos permanentes contenidas en el artículo 7 del Modelo Convenio de doble imposición*”, de J. M. Calderón, en la obra colectiva Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea, editorial CISS, 2013, páginas 221 y siguientes, en las que el autor señala tres modelos de tributación de EP, según la versión del Modelo OCDE y Comentarios aplicados: modelo de independencia restringida –versiones anteriores a (2008)-, modelo de tránsito –versión (2008) y modelo de independencia total –versión (2010)-.

<sup>59</sup> Comentario 40 al artículo 7.

- La recogida en el Comentario 28 al artículo 7, que se refiere al hecho de permitir al EP, en aquellos casos en que utiliza un bien de la entidad, deducir una renta ficticia –la cuota de arrendamiento-, pero en el entendido de que esta deducción que se utiliza exclusivamente para atribuir beneficios al EP, a los efectos de los artículos 7 y 23, no da cobertura para imputar un ingreso a la CC bajo el amparo del artículo 6 del Modelo Convenio –Rentas de inmuebles-.

- La recogida en el Comentario 29 al artículo 7, que permite que los Estados puedan considerar estas operaciones como si se realizasen entre partes independientes, de suerte que al asignar el gasto al EP, se asigne un ingreso a la CC y se califique dicho ingreso, siguiendo el ejemplo anterior, conforme al artículo 6<sup>60</sup>.

Naturalmente, serán los Estados que negocien el Convenio, los que han de decantarse por una u otra fórmula, redactando la letra del artículo 7 en sintonía con el escenario deseado, para evitar situaciones conflictivas<sup>61</sup>.

Se puede afirmar que el nuevo artículo 7 ha venido a recoger de manera expresa diversas cuestiones, algunas ya debatidas anteriormente en el marco de los Comentarios al artículo 7 y respecto de las cuales determinados Estados ya habían salido a su paso, en su normativa interna, con el objetivo de atribuir beneficios de plena competencia al EP, por ejemplo –la atribución de capital libre- y otras más novedosas como la de llevar a valor de mercado operaciones a las que tradicionalmente se venía aplicando precio de coste, sin que se haya probado hasta este momento que dicha valoración al coste perjudicara los ingresos de ninguno de los Estados, la de permitir pagos e ingresos

---

<sup>60</sup> Si la operación realizada fuese de tesorería, el artículo a aplicar sería el 11.

<sup>61</sup> España, aunque no ha suscrito ningún Convenio con la nueva redacción del artículo 7 y por tanto no ha tomado partido sobre esta cuestión, ya la ha previsto. Así en el artículo segundo del Proyecto de Ley por la que se modificarán la LIRPF y el TRLIRNR, se recogen las modificaciones a introducir en el TRLIRNR, entre las que se encuentra la incorporación de una Disposición adicional sexta, por la que se establece el tratamiento a dar a los gastos estimados y a los rendimientos imputados por operaciones internas de un establecimiento permanente, en aquellos casos en los que el Convenio aplicable permita la deducción de los gastos estimados por operaciones internas realizadas con su casa central o con otros establecimientos permanentes situados fuera del territorio español. Publicado el 6 de agosto de 2014.

nocionales, entre otras. Pero quizá el punto más relevante de la nueva versión es el rol tan importante que juega el análisis funcional para atribuir beneficios a EP<sup>62</sup>.

Con estas puntualizaciones, que no cabe encajar como de menor importancia, entendemos que el análisis del artículo 7 Modelo OCDE (2008) realizado anteriormente es también válido para analizar el artículo 7 del Modelo OCDE (2010), análisis que completamos citando los Comentarios 20, 21 y 22 al mismo, por considerar que constituyen una declaración de principios para llevar a cabo correctamente el ejercicio de atribuir beneficios al EP.

*Comentario 20. Como se explica en el Informe, la atribución de beneficios a un establecimiento permanente en virtud del apartado 2, resultará del cálculo de los beneficios (o pérdidas) derivadas del conjunto de sus actividades, comprendidas las transacciones con empresas independientes, las transacciones con las empresas asociadas (aplicando directamente las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia) y las operaciones internas con otras partes de la empresa. Este análisis entraña las dos fases que se describen a continuación. El orden en que se presentan los elementos que componen cada una de las fases no debe interpretarse como preceptivo, dado que los diversos elementos pueden estar vinculados (por ej. el riesgo se atribuye inicialmente a un establecimiento permanente en tanto que lleva a cabo funciones humanas sustantivas que determinan su asunción, pero la consideración y caracterización de una operación interna posterior entre el establecimiento permanente y otra parte de la empresa que gestione el riesgo puede conducir a una transferencia del riesgo y del capital que permite su asunción a la otra parte de la empresa).*

*Comentario 21. Durante la primera fase se efectúa un análisis funcional y factual conducente a:*

- la atribución al establecimiento permanente, según corresponda, de los derechos y obligaciones derivados de las transacciones entre la empresa de la que forma parte y empresas independientes;*
- la identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la atribución de la propiedad económica de los activos y la atribución de la propiedad económica de los activos al establecimiento permanente*

---

<sup>62</sup> Ver I. Longarte (2011), páginas 431 y 432, donde el autor reflexiona sobre el análisis funcional y la atribución de riesgos al EP, actividades, que según el autor, no pueden hacerse de manera aislada, sino en el contexto de la entidad en su conjunto.

- la identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la asunción del riesgo y la atribución de los riesgos al establecimiento permanente;
- la identificación de otras funciones del establecimiento permanente;
- la consideración y determinación de la naturaleza de aquellas operaciones internas entre el establecimiento permanente y otras partes de la misma empresa que, una vez superado el umbral al que se refiere el párrafo 26, satisfagan los criterios para su consideración como tales; y
- la atribución de capital sobre la base de los activos y riesgos atribuidos al establecimiento permanente.

Comentario 22. Durante la segunda fase se fija un precio a toda transacción efectuada con empresas asociadas atribuida al establecimiento permanente, siguiendo las pautas contenidas en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, y estas Directrices se aplican por analogía a las operaciones entre el establecimiento permanente y las restantes partes de la empresa de la que forma parte. Este proceso implica la fijación de un precio de plena competencia para las operaciones internas consideradas como tales, mediante:

- la determinación de la comparabilidad entre las operaciones internas y las transacciones en el mercado libre, aplicando directamente los factores de comparabilidad contenidos en las Directrices (características de la propiedad o de los servicios, condiciones económicas y estrategias empresariales) o por analogía (análisis funcional, condiciones contractuales) a la luz de las circunstancias concretas del establecimiento permanente; y
- la aplicación por analogía de uno de los métodos de las Directrices a fin de determinar la contraprestación de plena competencia de las operaciones internas entre el establecimiento permanente y el resto de la empresa, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por el establecimiento permanente y los activos y riesgos que se le han atribuido, a este y a otras partes de la empresa.

De lo anterior se deducen las cuestiones más importantes a las que tenemos que hacer frente en cada fase:

Primera fase: Todas las actividades de la primera fase están encadenadas. La delimitación exacta de las funciones del EP debería ir acompañada de la evaluación de los riesgos asociados a las mismas, a los efectos de asignar los activos que posibilitarían la actividad del EP.



En esta misma dirección ha de ir el estudio de las operaciones internas o test a realizar sobre las mismas en punto a su aceptación<sup>63</sup>.

En líneas anteriores se han esbozado los problemas que plantea el estudio de estas operaciones, a los que la Guía de Precios de Transferencia (2010) aporta la visión para enfrentarlos. Así, el Párrafo 53 del Capítulo I de la misma llama la atención, dada la ausencia de objetivos opuestos en operaciones entre partes vinculadas, acerca de la importancia de relacionar la conducta de las partes con las cláusulas recogidas en los contratos, a los efectos de verificar si dichas cláusulas se cumplen o son simuladas. En el mismo sentido, el Párrafo 65 del mismo Capítulo I alude a la necesidad de identificar las operaciones realmente realizadas, matizando que solo en casos excepcionales “*puede resultar adecuado y legítimo que la administración tributaria ignore la estructura planteada por los contribuyentes en la realización de la operación vinculada*”, ello en los casos en que el fondo económico de la operación difiera de su forma o cuando coincidiendo fondo y forma los acuerdos relativos a la operación valorados globalmente difieran de los que habrían acordado empresas independientes<sup>64</sup>.

A título de ejemplo, dentro del ámbito financiero, imaginemos que un EP concede un préstamo a su CC, a plazo de 25 años, con pago de los intereses devengados al final del plazo de concesión, momento en el que se devolvería el principal y se pagarían los intereses devengados a lo largo de los 25 años de duración del préstamo. ¿Es esta una política normal en una entidad financiera?, ¿Encontraríamos estas cláusulas en operaciones concertadas con terceros, bien fueran estos terceros entidades financieras o empresarios en general?.

La primera fase se completa con la atribución al EP de una suma de capital libre suficiente para dar cobertura al desempeño de las funciones, a los riesgos que asume y a los activos que utiliza, presupuesto imprescindible para cuantificar los gastos financieros por el uso de capitales ajenos que respondan a una estructura de mercado.

---

<sup>63</sup> En el Informe OCDE (2010), Parte I, Párrafos 33/38 se establece el umbral que han de cruzar las operaciones internas para que puedan ser consideradas como tales, en cuanto a su tratamiento y consideración y Párrafos 172/182; para operaciones en el ámbito financiero, Parte II, Párrafos 54/69 y 134/202, respectivamente.

<sup>64</sup> Párrafos 29 y 37 de la Guía de Precios de Transferencia, versión de 1979.

Este ejercicio resulta indispensable para la consideración del EP como empresa distinta y separada de su CC, en los términos descritos en el Informe OCDE (2010), Parte I, Párrafos 8 y siguientes.

Segunda fase: Determinación de los beneficios de la empresa hipotéticamente distinta e independiente a partir del análisis de comparabilidad.

Esta fase se centra fundamentalmente en la valoración a mercado de las operaciones vinculadas, una vez superado el test al que se ha aludido en la descripción de la primera fase, aplicando por analogía los métodos de valoración contenidos en la Guía de Precios de Transferencia (2010), previo estudio de los factores de comparabilidad: 1) Análisis de las características de los activos o servicios; 2) Análisis funcional; 3) Análisis de los términos contractuales; 4) Análisis de las circunstancias económicas; y, 5) Análisis de las estrategias empresariales<sup>65</sup>.

En este contexto, la valoración de las operaciones realizadas entre la CC – residente en un Estado- y el EP –residente en otro Estado- ha planteado problemas desde antiguo a la hora de atribuir beneficios al EP, en los dos Estados; el de residencia de la CC y el de situación del EP y ello porque el objetivo de cada uno de los Estados ha sido y es recaudar exactamente los ingresos tributarios que se correspondan efectivamente con el valor añadido que CC y EP desenvuelven en el Estado en cuestión, como consecuencia del desarrollo de su respectiva actividad. De ahí la importancia de calibrar y valorar adecuadamente las diferentes operaciones realizadas entre una y otro, la inadecuada valoración de las mismas, como habíamos indicado en el apartado 1.3, puede hacer a uno de los Estados perder ingresos tributarios a favor del otro, con los consiguientes perjuicios, este modo de actuar es igualmente válido cuando las operaciones enfocadas son las realizadas entre el EP y otros EP de la misma CC o entre el EP y sociedades vinculadas a la CC.

No obstante la importancia del análisis de comparabilidad para valorar las operaciones vinculadas o internas, hay que tener presente que la contabilidad es el punto

---

<sup>65</sup> El Párrafo 44 del Informe OCDE (2010), Parte I, nos da las pautas para la determinación del precio de plena competencia de las operaciones internas aceptadas como tales, remitiéndonos a las Directrices de Precios de Transferencia, de las que se seleccionará el método más adecuado para la determinación del precio de plena competencia, en suma, se aplicarán las Directrices por analogía.

de partida para atribuir beneficios al EP, así se refleja en el Informe de Atribución de Beneficios (2010), Párrafo 181, Parte I: *“Un registro contable y la documentación sincrónica que muestre una operación interna mediante la que se transfiera un riesgo, responsabilidad o beneficio con trascendencia económica, será un punto de partida útil para la atribución de beneficios”*<sup>66</sup>.

Por último, debe examinarse la posición de la OCDE fijada en el Informe de Atribución de Beneficios (2010), en el Anexo incorporado en su parte final, respecto de los criterios a aplicar para interpretar el artículo 7 con dos literales diferentes que están llamados a convivir en fechas próximas. Dicha posición se materializa en la siguiente Recomendación a los Gobiernos de los países miembros:

- 1) Para la aplicación del artículo 7 redactado conforme a la versión del Modelo Convenio (2008) y anteriores, las administraciones tributarias seguirán las pautas contenidas en el Informe de Atribución de Beneficios (2008) en la medida en que sus conclusiones no contradigan los Comentarios al artículo 7 de la versión (2008) e invitarán a sus contribuyentes a seguirlas.
- 2) Para la aplicación del artículo 7 redactado conforme a la versión del Modelo Convenio (2010), las administraciones tributarias seguirán las pautas contenidas en el Informe de Atribución de Beneficios (2010) e invitarán a sus contribuyentes a seguirlas.

Lo que significa, que la OCDE mantiene la teoría de aplicar dinámicamente los Comentarios al artículo 7 de la versión del Modelo Convenio OCDE (2008) para interpretar el artículo 7 en situaciones cubiertas por los Convenios suscritos con anterioridad a 2008, en tanto que defiende que los Comentarios al artículo 7 de la versión del Modelo Convenio OCDE (2010) solo pueden invocarse ante escenarios del nuevo texto del artículo 7, esto es interpretación estática<sup>67</sup>.

---

66 Ver I. Longarte (2011), página 423, donde se trata este tema. En cuanto a la contabilidad del EP, ver M. Jesús García-Torres (2013), 4. *“Deber de contabilidad”*, 4.3 *“Obligaciones contables vs tributación de los establecimientos permanentes”*, páginas 38/41.

67 J. M. Calderón Carrero en el Capítulo III Reglas de Reparto de Potestades Fiscales, III.2.3. *“Las reglas de tributación de los beneficios empresariales obtenidos a través de establecimientos permanentes contenidas en el artículo 7 del Modelo Convenio de doble imposición”*, de la obra colectiva *“Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea”*, editorial CISS, Valencia, 2013, analiza las

A día de hoy, España no ha suscrito ningún Convenio con la nueva redacción del artículo 7, ni ha modificado ninguno de los ya suscritos. Sin embargo, el nuevo Convenio con Alemania, de 3 de febrero de 2011, recoge en su Protocolo, apartado III, *“En relación con el artículo 7: Cuando la OCDE adopte un nuevo artículo 7, ambas delegaciones volverán a reunirse a fin de analizar la posibilidad de incorporar el nuevo texto de dicho artículo conforme al criterio autorizado de la OCDE”*. Cuando ello suceda o bien se firme un Convenio con el nuevo texto del artículo 7, se atribuirán beneficios a los EP situados en España de entidades residentes en Alemania y en los Estados implicados, tomando en consideración los Comentarios al artículo 7 de la versión del Modelo Convenio OCDE (2010), así como el Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes, versión (2010).

#### 1.4.4. TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL ESTADO DE LA FUENTE.

Las normas que regulan la tributación de las rentas del EP, se contienen en los artículos 15.1 y 2, 16.c. y 18 del TRLIRNR, dichas normas se completan con las contenidas en el TRLIS, cuyo Régimen General se aplica en bloque y sin limitación a los EP. Todas ellas nos dan las pautas para discernir, una vez atribuidos beneficios al EP, qué gastos de los atribuidos son deducibles y qué ingresos de los atribuidos se someten a gravamen en España, respetando las limitaciones contenidas en las normas convenida y comunitaria. Así, el EP tiene derecho a la deducibilidad de gastos en las mismas condiciones que las entidades residentes –principios de no discriminación convenido y comunitario, artículos 24.3 del Modelo OCDE<sup>68</sup> y 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, respectivamente-.

---

diferencias entre las versiones (2008) y (2010) del artículo 7, así como el carácter de los respectivos Comentarios –aclaratorios o modificativos- y su aplicación en el tiempo, páginas 186/194 y 221/234. El autor considera que algunos Comentarios al artículo 7 de la versión (2008) van más allá de la mera aclaración, estimando que introducen modificaciones de fondo, entre otras, las que se refieren a la atribución de activos, riesgos y capital libre, motivo por el cual entiende que no se puede aplicar la interpretación dinámica para situaciones cubiertas por Convenios firmados bajo Modelos de Convenio y Comentarios anteriores a la versión (2008). Estas modificaciones, en opinión del autor, *“requieren cambios no solo en el tenor del artículo 7, sino también en la legislación interna de los Estados”*.

<sup>68</sup> Ver Comentario 40 al artículo 24, versiones Modelo Convenio OCDE (2008) y (2010), Comentario 33 al artículo 7 Modelo Convenio OCDE (2010) y Comentario 30 al artículo 7 Modelo Convenio OCDE (2008).

Centrándonos en el TRLIRNR, cuyos artículos sobre el tema han de leerse de manera conjunta, destacamos los siguientes puntos:

1. El EP tributa en España por la renta mundial, esto es por la renta obtenida en cualquier territorio con el concurso de los medios personales y materiales de que dispone en España –artículo 15.1. del TRLIRNR-. Este planteamiento de sujeción al IRNR de la renta mundial del EP, que supera el principio de tributación según renta territorial, parece razonable: si el EP ha realizado una operación en terceros Estados con la organización que tiene en España y el coste de dicha organización se ha inscrito en su cuenta de pérdidas y ganancias, por pura coherencia el ingreso correlacionado con tales gastos también ha de anotarse en la mencionada cuenta.<sup>69</sup>

2. Las operaciones entre CC y EP o entre EP y otros EP han de valorarse a mercado –artículo 15.2 del TRLIRNR-. El contenido de este artículo ha de entenderse en los términos siguientes:

- a) Si las operaciones entre CC y EP se enmarcan entre las operaciones típicas y habituales que la CC hace frente a terceros, han de valorarse a precio de mercado. El artículo 16.4 del TRLIS enumera los métodos a utilizar para determinar una valoración a mercado. Artículo 18.4 de la Ley 27/2014.
- b) Si se trata de una operación diferente a la reflejada en 2.a), la CC facturará al EP el servicio recibido de terceros por el mismo coste que le haya supuesto a la CC la recepción del mismo, sin añadir margen alguno de beneficio, y ello porque su papel en estos casos ha sido de mero transitario, sin que podamos decir que la CC haya añadido valor al servicio prestado por terceros. En este apartado encajarían los servicios comunes a los diferentes centros de costes de la entidad, que por beneficiar a todos ellos, sin que sea posible dimensionar la individualización del beneficio que ha reportado el servicio a cada división de la entidad, han de repercutirse a todos ellos de acuerdo con algún criterio de reparto razonable. Cuando sea posible determinar a nivel de cada división o departamento de la entidad la utilidad o beneficio que ha supuesto el servicio en

---

<sup>69</sup> El principio de universalidad de las rentas que da cobertura al componente de personalidad fiscal del EP o división de una empresa, es objeto de comentario por CARMONA FERNÁNDEZ (2006, página 963).

concreto, se calculará directamente el coste sin necesidad de acudir a ningún criterio de reparto.

3. Determinados pagos realizados por el EP a favor de su CC no se consideran fiscalmente deducibles –artículo 18.1.a) del TRLIRNR-. La prohibición de deducir los pagos realizados por el EP a la CC por los conceptos de comisiones, intereses y cánones contenida en el artículo citado tiene todo sentido cuando la corriente monetaria no aparece respaldada por una actividad concreta, que realizada por la CC beneficie o represente utilidad para el EP. En efecto, cuando la transferencia de dinero no responde a una operación comercial, o bien, no se puede justificar con sentido económico, dicha operación puede invitar a pensar que se trata sin más de una transferencia de beneficios del EP a la CC y es, en esta situación, cuando cobra todo sentido el mandato del artículo 18.1.a del TRLIRNR, negando cualificación para deducir fiscalmente, ya que la transferencia de dinero se identificaría con el concepto de retribución de los capitales propios, para el que el artículo 18.1.c. reserva su tratamiento más estricto.

Por el contrario, esto es; cuando los pagos desde el EP a la CC responden a una operación realizada por razones comerciales válidas, tales pagos han de calificarse fiscalmente deducibles y valorarse de acuerdo con el principio de libre competencia, tal y como apuntábamos en el número 2 anterior.

Estas limitaciones a la deducibilidad de gastos no son sino la manifestación del recelo de la norma interna de aplicar el “principio de empresa distinta y separada” en sus términos más amplios, recelo que tiene que ceder necesariamente ante el principio de no discriminación contenido en las normas convenida y comunitaria, por los conflictos que ello plantearía con los Estados afectados, de no hacerse<sup>70</sup>.

Existe una excepción a las prohibiciones reseñadas, que se refiere a los pagos en concepto de intereses que se realicen entre CC y EP de carácter financiero. Esta excepción está plenamente justificada porque el tráfico de dinero es el negocio o actividad de este tipo de entidades, negar la deducción de intereses pagados por el EP a

---

<sup>70</sup> Sobre la consideración del EP como empresa limitadamente separada de su CC, ver Reol Jiménez, T. y Velayos Jiménez, F. (2007): “*Utilidades Empresariales con y sin Establecimiento Permanente*” en Cordon Ezquerro, T. (Director), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Capítulo 20. 3ª edición, IEF, Madrid, página 832.

su CC como consecuencia del suministro de financiación por esta última sería tanto como impedir que los costes correlacionados o necesarios para obtener ingresos –por ejemplo: costes de mercancías- no pudieran deducirse fiscalmente, conduciendo sin duda a una base imponible del EP completamente distorsionada, dado que los ingresos del EP consecuencia de la inversión o colocación de los recursos obtenidos de la CC se habrían obtenido sin coste alguno, lo cual es inadmisibile.

Es importante dejar claro, en lo que se refiere a intereses satisfechos por el EP financiero a la CC, que el artículo mencionado solo da cobertura a la deducción de los intereses satisfechos a la CC cuando los mismos retribuyen fondos prestados a título diferente de capital, en ningún caso es deducible la retribución de los recursos constitutivos del capital del EP, como se indica en el número 5 siguiente. Por tanto, lo primero que debe hacerse es calificar la naturaleza de los fondos prestados por la CC al EP<sup>71</sup>.

4. Se permite la deducción en sede del EP de determinados gastos realizados por su CC para los fines del EP, con independencia del lugar donde se realicen –artículo 18.1.b. del TRLIRNR-.<sup>72</sup> Estos gastos tienen efecto fiscal aún cuando no se hayan contabilizado por no haber motivado pago, basta con su imputación al EP, a condición de que este hecho se haya reconocido en la Memoria.

5. No se admite como gasto fiscalmente deducible la imputación directa o indirecta de la retribución de los capitales propios –artículo 18.1.c. del TRLIRNR-. En este caso estamos en presencia de una prohibición absolutamente razonable, que supone la exportación al IRNR del tratamiento dado en esta materia a entidades residentes en el IS. La retribución de los capitales propios forma parte del beneficio imponible, por tanto no existe argumento que valide su cualificación como deducible en sede de EP, por la vía de la confusión contable de recursos propios y recursos ajenos o por el hecho de no inscribir la cifra de capital en la contabilidad del EP. Es por ello, que la norma invita a analizar las operaciones financieras que, por no seguir los cauces normales de transparencia, puedan dar cobertura de alguna manera a la deducibilidad de la

---

<sup>71</sup> Ver Capítulo 3 “Atribución de Capital Libre a Establecimientos Permanentes”.

<sup>72</sup> Este tema se trata ampliamente en el apartado 1.5.1.1.B) siguiente, por lo que para evitar repeticiones nos remitimos al mismo.

retribución de los capitales propios. En este sentido, creemos debe entenderse el término “indirecto”, utilizado en la redacción de la norma, el cual nos lleva no solo a verificar la realidad y sentido empresarial de operaciones de financiación que tengan un tinte de opacidad o duda –operaciones a las que el artículo 18.1.a se encarga de poner coto-, sino también a contrastar el pasivo de los EP, por si de alguna manera el necesario capital que cualquier empresa necesita para trabajar y también el EP, estuviera velado por cualquier cuenta representativa de recursos ajenos<sup>73</sup>.

Una vez corregido, en su caso, el resultado contable del EP por las cuestiones indicadas, considerando asimismo las limitaciones prescritas en el TRLIS, y en las normas convenida y comunitaria, respecto de ingresos y gastos, se determinaría la base imponible del EP por el IRNR, se calcularía la cuota íntegra y a partir de la misma, se aplicarían las deducciones en cuota previstas en el TRLIRNR y en TRLIS. Finalmente, el resultado de estas operaciones nos daría el impuesto a pagar o a devolver en España.

A lo largo de estas líneas se han detallado las cuestiones relevantes a tener en cuenta a la hora de determinar la obligación tributaria del EP en fuente, extremando las precauciones para que la aplicación de la norma interna no colisione con el marco diseñado por el artículo 7 del Modelo Convenio OCDE, versiones (2008) y anteriores, y por supuesto con los principios de libertad comunitarios. Cuando deba aplicarse el nuevo texto del artículo 7, incorporado en la versión (2010), las limitaciones apuntadas, sin duda cederán aún más, ya que habrá de aplicarse el “principio de empresa distinta y separada” de forma plena<sup>74</sup>.

## **1.5. OPERACIONES ENTRE CASA CENTRAL Y ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.**

Las operaciones entre la CC y el EP pueden ser de naturaleza muy diversa, de ahí que no todas tengan la misma consideración, ni se les pueda otorgar idéntico tratamiento, si bien todas presentan una característica común y es la dificultad de

---

<sup>73</sup> Los antecedentes del análisis de la norma interna proceden del trabajo presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, recogidos posteriormente en el Documento N° 6/2008, IEF, páginas 12 y 13.

<sup>74</sup> I. Longarte (2011), página 425 estima que sería recomendable que la norma interna hiciese referencia a los criterios OCDE vigentes en cada momento, a efectos de facilitar a los contribuyentes la aplicación de la norma.



aceptar la necesidad de una valoración a mercado, en la esfera mercantil<sup>75</sup>, cuando se trata de operaciones realizadas en el seno de una única personalidad jurídica. La defensa estriba en lo que habíamos recogido en los párrafos precedentes: la sujeción de CC y EP a dos jurisdicciones tributarias diferentes, con idéntico interés en preservar sus ingresos tributarios. Dicho esto, pasamos a enumerar las diferentes operaciones que pueden darse entre estas dos partes de una misma entidad y trataremos asimismo de conectar con el contenido del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE –principio de plena competencia-, de los artículos 15.2 –valor a mercado- y 18.1 a) y c) -prohibición de deducibilidad fiscal en sede del EP de determinados pagos- del TRLIRNR.

#### 1.5.1. CLASIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS ENTRE CASA CENTRAL Y ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Las operaciones realizadas entre CC y EP se pueden clasificar desde diferentes ángulos, si bien para el desarrollo de este trabajo, vamos a centrarnos solamente en dos; 1º) En la posible conexión de la operación con la actividad desarrollada por la CC, se trataría de analizar si tal operación realizada con el EP –o viceversa- tiene el mismo sentido, tanto para la CC como para el EP, que hubiera tenido tal operación de haberse realizado con un tercero independiente, lo que sería indicativo de que dicha operación es una operación habitual y normal en el desarrollo de la actividad de ambos y 2º) Por el objeto de la operación, separando las operaciones relativas a activos financieros, materiales e intangibles y a prestaciones de servicios .

##### 1.5.1.1. OPERACIONES CONSIDERADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LA CASA CENTRAL.

A. Operaciones que la CC desarrolla en el curso de su actividad económica habitual.

---

<sup>75</sup> Revisar el apartado 1.3 de este Capítulo, donde se apuntaba lo innecesario, en determinados casos, de esta actividad a nivel de estados mercantiles consolidados de la CC y del EP, cuestión diferente sería la consideración de la CC y del EP a nivel individual en este mismo ámbito, en el que se exige que las operaciones entre entidades vinculadas han de valorarse a valor razonable, y por supuesto en el fiscal.

En este caso la CC debería facturar esta operación al EP a valor de mercado. Una vez el bien o el servicio en poder del EP, los mismos se utilizarán a su vez como materia prima, producto terminado –coste en definitiva- de sus operaciones con terceros. Si esta operación con terceros genera un ingreso, parece lógico que el EP tenga en su cuenta de pérdidas y ganancias todos los elementos del coste de esa operación, de tal forma que el neto de su cuenta de resultados sea el valor añadido por su actividad o la retribución adecuada de las funciones que realiza. Con este planteamiento el gasto contable –a valor de mercado- del EP tiene plena incidencia fiscal. Ejemplo de este tipo: la CC entrega bienes al EP para su posterior transmisión –entrega de un producto terminado- o para su transformación –entrega de una materia prima-. En el ámbito financiero, podríamos tomar a título de ejemplo, las sumas de dinero prestadas por la CC al EP –por causa diferente a la aportación de fondos propios-, sumas que el EP a su vez invertiría en diferentes activos o productos, de manera que su margen de utilidad o margen financiero vendría dado por la diferencia entre el coste satisfecho a la CC por los capitales prestados y los ingresos obtenidos por la colocación de los mismos. De igual modo sucede cuando es el EP el que vende un bien o presta fondos a la CC<sup>76</sup>.

Las operaciones anteriores pueden brindar problemas en punto a su valoración. En particular se pueden dar dos situaciones:

1. La CC realiza estas mismas operaciones con terceros. En estos casos el precio que factura la CC a terceros es un precio de plena competencia, que podremos aplicar sin más al EP. No obstante, si las operaciones realizadas con el EP presentasen alguna diferencia o particularidad respecto de las operaciones realizadas con terceros independientes, habría que ponderar estas diferencias con objeto de que las mismas se reflejasen en los precios cargados al EP y de esta manera satisfacer el principio de valorar a mercado las operaciones realizadas entre CC y EP<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Las operaciones internas de tesorería entre CC y EP no financieros se reconocen por primera vez en los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE (2010), al haber consagrado un modelo de tributación del EP sobre la base del principio de independencia plena o radical del EP respecto de su CC. Las pautas para determinar su remuneración se encuentran en Parte I, Párrafo 159.

<sup>77</sup> Artículo 16 del TRLIS y Capítulo I de la Directiva de Precios de Transferencia. Art. 18 Ley 27/2014.

2. Las operaciones caen exclusivamente dentro del perímetro del grupo, esto es, estas operaciones no se dan en el mercado. A diferencia de las operaciones mencionadas en el párrafo anterior, en estas no vamos a disponer de un precio de mercado de referencia que permita la comparación de las mismas y una vez realizadas las correcciones pertinentes, en su caso, construir un valor de mercado. El problema de encontrar un precio de mercado se transforma en el problema de encontrar un margen de mercado adecuado que retribuya de manera razonable la actividad de la CC o del EP –depende de quien venda la mercancía o preste el servicio-, este margen se añadiría al coste de la operación en términos analíticos –información a la que se supone, dado que estamos ante una única persona jurídica, tendríamos acceso- y de esta manera, aplicando el método del precio de coste incrementado, se entendería cumplido el mandato del artículo 7.2 del Modelo OCDE<sup>78</sup>. Estas operaciones son bastantes frecuentes en el ámbito de los grupos multinacionales, planteando su valoración no pocos problemas<sup>79</sup>.

#### B. Operaciones que la CC no desarrolla en el curso de su actividad económica habitual.

Nos referimos a aquellas operaciones que realiza la CC de forma centralizada en beneficio de todas sus divisiones o EP. Como ejemplo de estas operaciones señalamos:

1. Imputación de los gastos de dirección y generales de administración que hace la CC para los fines del EP. Dicha imputación se justifica en atención a que el EP, en cuanto que unidad dependiente de la CC, si bien separada de ella funcionalmente y dotada de la adecuada organización de recursos materiales y humanos, carece de dirección, dirección que por supuesto se encuentra en sede de la CC y que da servicio tanto a la CC como al EP<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Todas las versiones del Modelo (OCDE).

<sup>79</sup> Dependiendo de la clase de operaciones y de la información disponible, cabría también la posibilidad de aplicar el método del precio de reventa. No obstante, en los últimos tiempos se observa una tendencia a abandonar los métodos basados en operaciones, dada la dificultad de encontrar comparables adecuados y fiables, y a sustituirlos por métodos basados en los resultados.

<sup>80</sup> Ver F. Alfredo García Prats (1996), páginas 351 y siguientes, en las que el autor analiza en profundidad la naturaleza de este gasto y la obligación de su imputación al EP en fuente y en residencia.

2. Repercusión del coste de formación de los trabajadores de las diferentes divisiones o EP.
3. Distribución del coste de las campañas de publicidad que realiza la CC en beneficio de todas las unidades o divisiones de la sociedad.

En estos casos la CC debe repercutir al EP únicamente el coste soportado de terceros como retribución por realizar una función que tiene por objeto racionalizar los costes generales de la empresa o incrementar las ventas. Esta función que lleva a cabo la CC impacta, no cabe la menor duda, en la cuenta de pérdidas y ganancias del EP, pero es muy cierto que desde el punto de vista del EP, el coste cargado por la CC no se puede correlacionar con una operación en concreto realizada por el EP con terceros –de cuyo coste sería un componente-, si bien estas operaciones de la CC, como indicábamos, contribuyen a mejorar la cuenta de pérdidas y ganancias del EP, bien por la vía de minorar sus costes o por la de incrementar sus ingresos. En los casos aludidos los servicios refacturados por la CC se identifican con su propia actividad administrativa general, y por ello la CC debe facturar este servicio al EP exclusivamente por el coste, sin añadir cantidad alguna en concepto de beneficio.<sup>81</sup>

En todos estos supuestos, partimos de un precio de mercado –el facturado por terceros independientes a la CC-, pero aquí el problema estriba en encontrar la cuantía de dicho coste que debe imputarse al EP, como se deducirá de las líneas siguientes, en las que se concretan diversas funciones ejecutadas por la CC o por terceros que dan lugar a la imputación o repercusión de costes al EP y se ofrecen otros tantos criterios de reparto:

1. Imputación de gastos de dirección y generales de administración.

Dadas las peculiaridades de este tipo en concreto de gastos, analizaremos su significado y naturaleza, así como la razón de ser de su imputación.

El EP no tiene personalidad jurídica propia diferente de la de su CC; no obstante, para que pueda funcionar por sí mismo la CC le dota de patrimonio suficiente, esto es,

---

<sup>81</sup>Comentario 40 al artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010), que ofrece valorar al coste o al precio de plena competencia. Comentario 37 al artículo 7.3 del Modelo OCDE (2008) y Comentario 17.7 al artículo 7.3 del Modelo OCDE (2005).

de toda clase de elementos personales y materiales que le permitan “producir” sus mercancías o servicios y venderlas al público en general. Sin embargo, el EP como parte de una empresa suele carecer de una estructura organizativa completamente propia, que por su intrínseca naturaleza: la gestión general de la entidad, sí tiene la CC y de la cual se beneficia el EP en la medida en que a través del apoyo y orientación que recibe de la CC ve incrementado su volumen de ingresos o minorados determinados costes. La imputación de los gastos de dirección y generales de administración es un reparto indirecto del coste total pagado por la sede central por los factores empleados en la dirección y administración generales de la empresa entre las diferentes unidades, en proporción a los factores efectivamente utilizados por los EP; dicho reparto supone la adscripción económica de los mismos a cada centro que se beneficia de ellos. De no hacerse así, el beneficio neto real del EP estaría sobredimensionado en perjuicio del beneficio neto de la CC, que se vería de esta forma minorado, con graves repercusiones para la empresa en su conjunto, que no tendría en términos de contabilidad analítica un conocimiento exhaustivo de los ingresos y costes de cada uno de sus centros de coste o unidades de fabricación -CC y EP-; es decir, en un momento dado, no sabría cuál es el beneficio y la renta real de cada centro de coste. En consecuencia, tampoco podría tomar decisiones en el sentido de cerrar un EP por pérdidas o ineficiencia o incrementar sus efectivos personales y materiales en atención a sus buenos resultados. Por ello, la imputación de este tipo de gasto se considera un gasto más de los comprendidos en el resultado contable del EP al que se refiere el artículo 35.2 del Código de Comercio<sup>82</sup>.

En resumen, es la ausencia de cabeza o dirección del EP la que lleva a la CC a tomar todas las decisiones relativas a esta materia y, por tanto, tiene toda lógica que el coste de la parte de los recursos de la CC que trabaja o está dedicada al EP, se repercuta al mismo. Y este es el mensaje del apartado 3 del artículo 7 del Modelo OCDE (2008), cuando se refiere a la imputación de los gastos de dirección y generales de administración.<sup>83</sup> Es posible que en ocasiones el EP esté dotado de algún órgano de

---

<sup>82</sup> Según Reol Jiménez, T. y Velayos Jiménez, F. (2007): “*Utilidades Empresariales con y sin Establecimiento Permanente*” en Cordon Ezquerro, T. (Director), Manual de Fiscalidad Internacional, Capítulo 20, 3ª edición, IEF, Madrid, páginas 831 y 832, si no se tuviera en cuenta este gasto, no se estaría determinando un resultado económico y fiable del EP. Los autores partiendo del principio de independencia limitada o restrictiva consideran “*que deben atribuirse utilidades al EP, pero nunca de forma desconectada o ajena a los resultados de la empresa como un todo*”.

<sup>83</sup> En realidad el artículo 7.3 del Modelo OCDE (2008) va más allá de la repercusión de este concepto de coste al EP, puesto que también da cobertura a que se imputen al EP además de los gastos de dirección y generales de administración todos aquellos gastos que realizados por la CC benefician al EP, con

dirección propio, de forma que el mismo pueda desempeñar parcialmente funciones de dirección; cuando ello suceda deberá valorarse particularmente que clase de gastos se imputan por parte de la CC por este concepto.

Una vez justificado a nivel teórico el motivo de la imputación, hemos de enfrentarnos a varias cuestiones prácticas:

- La prueba material del modo y manera en que se prestan los servicios por parte de la CC al EP.
- La prueba de que tales servicios se han realizado para los fines o en beneficio del EP.

Ninguna de estas dos cuestiones constituyen temas pacíficos, muy al contrario han motivado numerosos comentarios a nivel teórico, con conclusiones muy dispares. Lo cierto es aquí no caben recetas, cada EP ha de probar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho que el gasto que pretende deducir fiscalmente es un gasto realizado en su propio beneficio o para sus fines.

- Requisitos para su deducibilidad en sede del EP.

El hecho de que los gastos a que nos venimos refiriendo se hayan realizado en un Estado diferente al de situación del EP, no implica que los mismos no hayan de satisfacer los requisitos que se exigen a los gastos realizados y deducidos en España, esto es, que sean reales, que estén justificados, que estén contabilizados en sede de la CC y por supuesto que los mismos gastos realizados en el extranjero no se hayan cubierto en España, lo que provocaría una duplicidad de los mismos.

Como quiera que CC y EP constituyen una persona jurídica única, la acreditación de la realidad del gasto, de su coste y de su contabilidad en sede de la CC, no deberían plantear problemas; la documentación necesaria para la acreditación de

---

independencia del lugar en el que los mismos se hayan realizado. Como dijimos en el apartado 1.4.3.2 anterior, la imputación de gastos al EP por parte de la CC está cubierta en el Modelo OCDE (2010) por el artículo 7.2, interpretado en este punto por los Comentarios 38 a 41 de esta versión.

tales extremos, a los efectos de la deducción de dichos gastos en el Estado de ubicación del EP, ha de ser proporcionada por dicho EP a través de la información obtenida de la CC.

- La valoración o cuantificación de la imputación.

El tenor del apartado 3 del artículo 7 del Modelo OCDE (2008), avalado por los Comentarios 28 y siguientes<sup>84</sup> a dicho artículo 7 invitan a repercutir estos costes al EP sin adicionar margen alguno de beneficio, habida cuenta que la CC trabaja en beneficio de toda la entidad, para mejorar su eficiencia, de ahí que deba repercutir los costes sin añadir valor a las prestaciones de terceros; el problema como indicábamos anteriormente es el de establecer el mejor criterio de imputación, cuando no se disponga de datos objetivos que permitan cuantificar los factores utilizados por el EP, entendiendo como tal criterio el que permita medir de manera razonable o aproximada la utilidad que el servicio en cuestión le reporta al EP.

A continuación se indican diversas fórmulas de reparto o imputación:

- En ocasiones la imputación de costes se lleva a cabo combinando diferentes parámetros del EP, tales como volumen de ingresos, volumen de gastos, volumen de activos y número de personas empleadas aplicando a cada parámetro un coeficiente de ponderación, por ejemplo: 15 por 100 sobre volumen de ingresos, 10 por 100 sobre volumen de gastos, 60 por 100 sobre activos y 15 por 100 sobre el número de empleados.

- También encontramos fórmulas en las que la CC forma el coste de una determinada actividad a repercutir el EP, considerando el tiempo dedicado por el personal del departamento implicado en la función a repercutir a cada EP en particular.

- En el caso de entidades pertenecientes al sector financiero, puede atenderse a la relación existente entre el margen financiero del EP y el margen financiero total de la

---

<sup>84</sup> Comentarios 38 a 41 al artículo 7.2 Modelo OCDE (2010), concretamente el Comentario 40 prevé que el EP, dependiendo de las circunstancias, puede deducir todos los gastos o parte de ellos o deducir un precio de plena competencia. Comentarios 28 a 37 al artículo 7.3 Modelo OCDE (2008) y Comentario 17 al artículo 7.3 en la versión del Modelo OCDE (2005).

entidad, o entre el volumen de negocio del EP y el volumen de negocio total de la entidad.

En fin, cualquier criterio de reparto puede ser bueno, a condición de que refleje un cierto equilibrio entre el volumen de gasto imputado al EP y el beneficio o utilidad que se deriva para el EP y siempre por supuesto que se aplique con coherencia y continuidad.

Para terminar, indicamos que la doctrina administrativa española tiene perfectamente asumido este componente negativo de la renta del EP, tanto en el plano económico como en el fiscal; de hecho, cuando el Tribunal Económico Administrativo Central ha rechazado imputaciones de gastos de la CC al EP ha sido: 1) por no estar debidamente acreditados, 2) por no haberse demostrado la utilidad que los mismos tenían para el EP situado en España, 3) por utilizar un criterio de reparto falto de rigor, 4) por duplicar el gasto en el EP, etc.<sup>85</sup>. En la vertiente opuesta, esto es, para atribuir beneficios a un EP de una entidad residente en España, situado en el extranjero, a los efectos de determinar el importe de la renta generada por el EP respecto de la que debe eliminarse la doble imposición en España, se aplican idénticos criterios.

## 2. Servicios recibidos de terceros en beneficio del EP.

2.1. El servicio contratado con terceros beneficia en exclusiva al EP. En este caso la valoración de la operación es una valoración de mercado –viene definida por una parte tercera no vinculada en el momento en que ha facturado el servicio a la CC-, de manera que la única misión de la CC es hacer llegar la factura al EP, en idénticas condiciones a las que se ha recibido.

2.2. El servicio recibido de terceros se ha contratado en beneficio de todas o de algunas de las unidades o departamentos de la CC. Aquí el problema es imputar a

---

<sup>85</sup> Ver la Resolución del TEAC de 28 de febrero de 2008, en la que se rechaza la imputación al EP de los gastos satisfechos por la CC en concepto de aportaciones a un plan de pensiones, al no estar incluido en dicho plan ningún trabajador del EP. También se rechazan estos gastos, por acreditación insuficiente, en la Resolución del TEAC de 25 de julio de 2007 -se aporta como prueba de los gastos una fotocopia de las cuentas anuales de la sociedad, sin que la misma esté validada por firma de auditoría o entidad similar, sin acreditar los criterios de reparto- y en la Sentencia de la AN de 9 de octubre de 2008. En la Sentencia de la AN, de 12 de julio de 2007, se rechaza la imputación de gastos porque se reparten todos los gastos realizados por la Casa Central, sin discriminar aquellos que solo benefician al EP.



cada unidad o departamento el coste apropiado al beneficio o utilidad que recibe y esto ha de hacerse necesariamente a través de un sistema de reparto que ha de reunir de partida unos mínimos de racionalidad. Ejemplos: 1) La CC contrata un curso de contabilidad para todo el personal administrativo de la entidad dedicado a estas tareas. Si la CC hubiera enviado a ocho trabajadores y el EP a tres trabajadores, la división entre el coste total del curso de formación y once determinaría el coste por asistente al curso, a la CC se le imputaría el coste correspondiente a ocho trabajadores y al EP el correspondiente a tres trabajadores. 2) La CC contrata una campaña de publicidad para ella y los demás EP situados en diferentes Estados. En este caso, en que no puede establecerse la correlación directa e incontestable entre el coste de la publicidad y la utilidad o aprovechamiento concretos para el EP, no queda otro remedio que acudir a un criterio racional de reparto que refleje de la manera más objetiva posible esta relación, por ejemplo: dividiendo el coste de la publicidad entre los ingresos obtenidos por cada centro de producción por la venta del producto publicitado.

El tratamiento de las operaciones entre CC y EP anteriormente expuesto se recoge en los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE versiones (2008) y anteriores. Dicho tratamiento también se ha asumido por la Dirección General de Tributos, según se deduce del texto de la Contestación de fecha 19 de septiembre de 2002, a la Consulta número 1365 - 02; esto es, si estamos ante una transferencia de servicios de la CC al EP que podría muy bien haberse realizado con un independiente, la CC debe facturar con un margen de beneficios. Si estamos en presencia de un gasto incurrido por la CC por cuenta del EP, la Central deberá facturar el coste del servicio sin añadir ningún margen<sup>86</sup>.

#### 1.5.1.2. OPERACIONES CONSIDERADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL OBJETO.

En este apartado se pueden incluir operaciones muy diversas, por lo que únicamente nos vamos a referir a aquellas que nos parecen más comunes, asimismo se

---

<sup>86</sup> Comentarios 21 a 40 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008) y Comentarios 15 a 23 al artículo 7 del Modelo OCDE (2005). En los Comentarios 38 a 41 al artículo 7 del Modelo OCDE (2010), está previsto repercutir al coste o con margen.

justificará la valoración y el tratamiento de las mismas desde la perspectiva de las relaciones CC y EP.

#### A. Operaciones relativas a activos financieros.

Una de las operaciones más típicas en este ámbito y más controvertidas por el tratamiento que soportan en sede del EP –prestatario- los intereses satisfechos a la CC, es la concesión de préstamos en cualquiera de sus modalidades. Veamos a continuación algunos ejemplos para su mejor comprensión:

1. La CC concede un préstamo al EP y para ello, previamente se ha endeudado con terceros. Este préstamo está afectado a la actividad del EP. En este caso está justificado que el EP pague intereses a la CC, y ello porque si el préstamo está sirviendo al EP para financiar, por ejemplo, créditos a adquirentes de vehículos, parece lógico que si el EP se va a dar como ingreso los intereses que reciba de los adquirentes de vehículos, también se de cómo coste los intereses que satisface a su CC por la financiación obtenida. No tendría sentido que los intereses recibidos de los clientes se computasen como ingresos y beneficios a la vez<sup>87</sup>. Y ello porque en virtud del principio de correlación entre ingresos y gastos, toda operación de obtención de ingresos lleva anudada un coste o gasto. Problema distinto es el precio de los intereses que satisface el EP a la CC; sobre este punto, tanto la norma interna –artículo 15.2 del TRLIRNR- como la convencional – artículo 7.2 del Modelo OCDE- resuelven que tiene que ser de mercado o de plena competencia. Pues bien, entendemos que el precio es de plena competencia en los casos siguientes:
  - La CC cobra al EP el tipo de interés que a su vez tiene que pagar al Banco independiente, siempre y cuando el papel de la misma sea de mero transitario.
  - La CC cobra al EP el tipo de interés que a su vez ha pagado a la entidad financiera tercera, más un margen de beneficio que refleje de manera razonable los costes en los que ha incurrido la CC para obtener ese crédito, si el rol de la

---

<sup>87</sup> Ver VILLA GIL (1986, Capítulo II, *Establecimientos bancarios y financieros que operan a través de filiales*, Comentario 50, Página 164).

CC ha sido particularmente activo en esta operación en concreto. Se trataría en definitiva de retribuir la función que ha realizado la CC en beneficio del EP.

Hemos de pensar que en el mundo de la globalización, es muy frecuente que una determinada sociedad del grupo centralice una concreta actividad en beneficio de todas las sociedades y EP que integran dicho grupo, con el propósito de obtener economías de escala. Cuando una entidad, en este caso la CC, gestiona la financiación de todo el grupo, posiblemente está en mejores condiciones de negociar frente a terceros volumen de financiación, tipo de interés, garantías aportadas, plazos, etc., que si cada sociedad del grupo o departamento de cada sociedad hiciesen esta actividad para si mismos. Esta es la tendencia que se observa actualmente en los grupos multinacionales, una vez obtenida la financiación por la CC, a nuestro EP se le puede adscribir toda o parte de la financiación obtenida por la CC<sup>88</sup>. Cuando esto sucede, habrá que considerar si la función ejercida por la CC merece retribución, en cuyo caso habrá que determinarla, por aplicación de comparables.

2. La Central concede un préstamo al EP, pero no se ha endeudado con una entidad tercera en ningún momento anterior, esto es: partimos del supuesto de que todo el pasivo de la CC esté formado por recursos propios, lo que significa que la financiación que pasa al EP procede del capital de la sociedad. En este caso las conclusiones son diferentes a las expuestas en el caso anterior. En nuestra opinión, esta financiación en sede del EP solo puede tener la consideración de dotación de capital, por tanto carece de sentido que la entidad se pague a si misma en concepto de intereses. Desde el punto de vista jurídico una parte de la empresa no puede deber dinero a otra parte de la empresa y desde el punto de vista económico, si una empresa no está endeudada con terceros, no parece que deba computar como gasto unos intereses que no ha tenido que pagar<sup>89</sup>. Es cierto

---

<sup>88</sup> Ver el artículo “*Hay que tenerlo todo en cuenta: La operativa bancaria, la fiscalidad y el marco legal de una estructura de Cash pooling paneuropeo*”, de W. Dustin Goldstein, publicado en la Revista Asset, número 26, de junio de 2000, en el que se comentan las ventajas de la centralización de la gestión de tesorería a nivel europeo y a escala mundial.

<sup>89</sup> Comentarios 41,42, 43, 44 y 45 al artículo 7 Modelo OCDE (2008) y Comentarios 18, 18.1, 18. 2 y 18.3 al artículo 7 del Modelo OCDE (2005). En los Comentarios de la versión del Modelo OCDE (2010) no aparecen los Comentarios citados de las versiones anteriores, posiblemente porque en esta versión el principio de empresa separada ha superado los contornos que le definían en las versiones anteriores, como la prueba el reconocimiento de las operaciones internas de tesorería en el ámbito no financiero o el reconocimiento de cánones; la idea que subyace tanto en el artículo 7 como en los Comentarios, es que una vez que la operación entre CC y EP pasa el filtro para considerarse como “operación interna”, dicha

que las deudas y créditos internos, desde una perspectiva global o consolidada se anulan, pero las anotaciones de intereses pagados en el EP replicados con anotaciones de intereses cobrados por la CC distorsionan los resultados parciales de EP y CC y, por ello, dichas anotaciones pueden tener efectos en los Estados respectivos, cuando lo que ha sucedido en realidad, en este caso, ha sido que la entidad, como tal, no ha pagado intereses a terceros.

Este sencillo ejemplo muestra la dificultad de trazar la línea divisoria entre recursos propios y recursos ajenos, cuando se trata de adscribir ambos tipos de recursos a secciones o departamentos de una empresa. Dificultad que puede agravarse si CC y EP desarrollan actividades bancarias, donde los medios de producción se confunden, por así decirlo, con las existencias.

Sobre esta cuestión el Comentario 45 al artículo 7.3 del Modelo OCDE (2008)<sup>90</sup> recoge la idea manifestada por la mayoría de los Estados miembros de la OCDE de consensuar una solución que considere la posibilidad de cuantificar la estructura de capital adecuada para el EP, teniendo en cuenta la organización y asimismo las funciones del EP. En cuanto a la versión del Modelo OCDE (2010), el Comentario 21 al artículo 7 se refiere al análisis funcional y factual como una de las fases de la atribución de beneficios al EP, constituyendo la atribución de capital libre al EP uno de los elementos nucleares de dicha fase.

En relación con esta materia, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central número 00/1324/2000, de 14 de mayo de 2004, niega la deducción en sede del EP de gastos financieros imputados por la CC sobre la base del coeficiente “Volumen de producción del EP / Volumen de producción total de la entidad”. De acuerdo con el TEAC solo cabe deducibilidad de intereses imputados por la CC cuando se pueda demostrar la relación directa y unívoca entre los préstamos contraídos por la CC y las necesidades del EP, o bien se pueda vincular racionalmente la financiación obtenida por la CC a las actividades del EP, esto es, los intereses pagados a

---

operación se ha de valorar conforme al principio de “libre competencia”, claro está que para que pueda darse una operación de financiación a costa del Capital propio, debería ser requisito indispensable que tanto CC y EP estuviesen capitalizadas por encima del nivel mínimo, de otra manera una de las partes de la entidad, o las dos, estarían deduciendo por intereses por el uso de capitales ajenos alguna cantidad que realmente correspondiera a la retribución de los capitales propios.

<sup>90</sup> Comentarios 18.3 y 20 al artículo 7 en la versión del Modelo OCDE (2005).

terceros por la CC y trasladados a su EP en función de la financiación afectada a dicho EP o por indicios racionales de que dicha financiación esta adscrita al EP<sup>91</sup>.

Esta es la forma coherente de dar materialidad a la actividad de “imputar intereses” prevista en el artículo 7.3. de determinados Convenios negociados de acuerdo con las pautas de las versiones anteriores a 2010<sup>92</sup>, ya que la manera de probar el beneficio que le reporta al EP el pago de los intereses, pasa necesariamente por adscribir el préstamo obtenido por la CC a la actividad del EP.

Mención especial merecen, dentro del ámbito de operaciones financieras, las que tienen lugar entre CC y EP bancarios, pues a la operación de atribuir capital al EP bancario, se añaden las típicas y habituales del sector financiero, tales como: préstamos de valores, depósitos tomados, depósitos prestados –las operaciones internas de tesorería entre CC y EP bancarios se han reconocido desde siempre, sin más limitaciones que las propias que el mercado marca a nivel de precios-, compra venta de títulos valores, compra venta de divisas, operaciones de derivados –futuros, opciones, permutas financieras-; pues bien, todas ellas deberán ser valoradas a mercado, habida cuenta que forman parte de las actividades típicas y habituales, tanto de la CC como del EP, contribuyendo a perfilar el margen de intermediación o margen financiero de la CC y del EP<sup>93</sup>.

Las operaciones internas entre CC y EP bancarios son objeto de tratamiento en el Informe sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes OCDE

---

<sup>91</sup> En los mismos términos se pronuncian el TEAC en Resolución de 2 de febrero de 2006 y la AN en Sentencias de 28 de mayo de 2009, de 23 de noviembre de 2007 –Recurso 669/2004- y de 10 de junio de 2008 –Recurso 382/2005- al no admitir reparto proporcional de intereses. Ver también sobre el tema de intereses, Resoluciones del TEAC de 2 de febrero de 2006 y de 3 de marzo de 2010 –el Tribunal se muestra conforme con la propuesta de regularización de la Inspección que ante un EP situado en el extranjero, a los efectos de determinar la renta respecto de la que se ha de eliminar la doble imposición, imputa al EP los gastos financieros que satisfechos por la CC considera que están asociados a la financiación de las inversiones del EP en el extranjero, teniendo en cuenta la proporción “Inversiones brutas del EP en Argelia/ Inversiones totales de la entidad”-, la Resolución, en este punto, ha sido confirmada por la Sentencia de la AN de 24 de septiembre de 2013.

<sup>92</sup> Por ejemplo, el Convenio entre España y Estados Unidos, de 22 de febrero de 1990.

<sup>93</sup> No se ha aludido a operaciones de prestación de garantías entre CC y EP puesto que como la calificación crediticia de ambos es la misma, no se pueden reconocer pagos por este motivo. No obstante si se reconocerán si las garantías se prestan entre EP y una filial del propio EP o entre el EP y una filial de la CC. Respecto de valoraciones de garantías y otras operaciones financieras, ver PWC (2013) *Navigating the complexity. Findings from the financial transactions transfer pricing Global Survey*, páginas 10/19 y T. Horst (2011), páginas 589/603.

(2010), Parte II, Párrafos 134/202<sup>94</sup>, donde se analizan desde la perspectiva del análisis funcional, a los efectos de delimitar los riesgos inherentes a la función y atribuir la propiedad económica de los activos a una determinada división o EP de la entidad financiera. Según se deduce del Párrafo 73, Parte II<sup>95</sup>, por regla general, se atribuye la propiedad económica de un determinado activo financiero a la parte de la empresa que lleva a cabo las funciones empresariales clave de asunción de riesgos en la gestión del mismo; a partir de este momento todos los gastos y los ingresos que se vinculen a la gestión del activo financiero en cuestión se asignarán económica y fiscalmente al EP propietario económico del activo.

De manera que una cosa es la propiedad jurídica de los activos, que será de la sociedad y no de una parte de la misma y, otra distinta, la propiedad económica, que puede asignarse a cualquier división de la empresa, cuando se de el escenario descrito en el párrafo anterior.

#### B. Operaciones relativas a activos materiales.

En este epígrafe se analizan operaciones relativas a diferentes clases de activos en función de su naturaleza y destino, según se expone a continuación:

##### 1. Activos cedidos por la CC destinados a su venta inmediata por el EP.

Dichos bienes se valorarían a mercado. Si la CC vende a terceros y al EP el mismo tipo de bienes, como ya habíamos tenido oportunidad de comentar en líneas anteriores, tendríamos el referente de un precio de mercado –comparables internos-. En caso contrario, deberíamos estar en condiciones de encontrar el precio en el mercado de bienes similares o un margen de mercado para operaciones similares, que aplicado sobre el valor de adquisición o sobre los costes de producción o sobre el precio de venta a terceros –dependiendo de la función a retribuir en la CC- deducidos de la contabilidad analítica de la CC o del EP, nos dé una cifra suficiente para retribuir los factores de la producción de la CC o, dicho de otro modo, el valor añadido por la CC.

---

<sup>94</sup> Párrafos 135/203 en el Informe OCDE (2008).

<sup>95</sup> Párrafo 76 en el Informe OCDE (2008).

2. Activos cedidos por la CC para ser utilizados de manera temporal o definitiva por el EP en su actividad empresarial. Tales como bienes inmuebles o maquinaria.

Este tema se puede plantear de diversas formas, pero todas deben converger en sus resultados, como se verá en líneas siguientes. Una vez atribuida la propiedad económica de un activo al EP, en los términos comentados en el apartado A anterior, respecto de activos financieros, se asignarán a dicho EP los gastos y los ingresos anudados a la utilización, explotación o gestión del activo en cuestión<sup>96</sup>.

2.1. El bien inmueble adquirido por la entidad se afecta funcionalmente al EP y se anota en libros del EP. En este caso, lo suyo sería que tanto el bien inmueble como su financiación figurasen inscritos en la contabilidad del EP. Si la adquisición del bien inmueble se hubiese financiado con capital propio, el importe del precio de adquisición debería figurar asimismo como dotación de capital del EP. En tanto que si el bien inmueble se hubiese financiado en gran medida vía préstamos, la contabilización del bien inmueble debería ir acompañada de asignación de capital y de préstamo. Además, el EP debe computar en su cuenta de pérdidas y ganancias la amortización anual del bien, los gastos de conservación y reparación y, en su caso, los intereses del préstamo que debería pagar al prestamista.

2.2. El bien inmueble se afecta funcionalmente al EP, pero no se anota en libros del EP. Nuestra opinión es que este caso ha de resolverse de la misma forma que el anterior, recogido en 2.1, de acuerdo con el principio de afectación funcional. Los libros del EP pueden no recoger todos los bienes afectos a su actividad, pero siempre que se puedan cuantificar los ingresos y gastos que genera el uso del bien, obviamente a partir de la contabilidad de la CC -en este caso la amortización del bien inmueble, los costes de mantenimiento, etc.-, sería perfectamente posible dar a los mismos validez económica y fiscal, en sede del EP<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> El Informe OCDE (2010), en el Párrafo 14 Parte I, se refiere al concepto de “propiedad económica de activos”, aclarando con nota a pie de página que *“tal y como se utiliza en este Informe, la propiedad económica de activos en el contexto del Artículo 7 significa el equivalente de propiedad fiscal para una empresa separada que asume beneficios y costes”*, esto es: derecho a los ingresos derivados de la propiedad del activo, derecho a amortizar el activo, derecho a las ganancias y a las pérdidas del activo por transmisión y al deterioro o envejecimiento de los activos. En idénticos términos el Párrafo 17 Parte I del Informe OCDE (2008).

<sup>97</sup> Sobre esta cuestión, ver apartado 1.4.1. de este Capítulo.

De acuerdo con este planteamiento, el Estado de localización del EP permitiría computar como gasto deducible la amortización del bien inmueble. Más problemático sería el tratamiento del préstamo vinculado a la adquisición, si anotado en cuentas de la CC no tuviésemos constancia de su vinculación a la adquisición del bien inmueble utilizado por el EP.

En el ámbito de la norma interna, es el artículo 16.1.c. del TRLIRNR, el que se refiere a los bienes afectos al EP, estableciendo que dichos bienes son los que están vinculados al mismo funcionalmente. Este planteamiento, que no descansa -entendemos que con buen criterio- exclusivamente en la contabilidad de los bienes, posibilita tanto la descalificación de bienes que en su día el EP consideró afectos, como la cualificación de bienes afectos respecto de otros que pudieron no estar calificados de tal forma por el EP, con las consecuencias correspondientes; esto es, el criterio de la vinculación funcional permite ignorar afectaciones ficticias e imputar al EP tanto ingresos como gastos de operaciones, funciones y activos que aún no estando anotados en contabilidad se realizan y utilizan en el desarrollo del giro normal del EP<sup>98</sup>.

Con el enfoque autorizado de la versión del Modelo OCDE (2010), para este supuesto, se podrían manejar dos posibilidades:

- Asignar la propiedad económica del bien inmueble al EP; o
- Considerar que la CC cede el uso del mismo al EP mediante arrendamiento.

Como se puede comprobar, no es lo mismo asignar al EP, como propietario económico del bien, los gastos a los que nos referimos en líneas anteriores<sup>99</sup>, que asignar como gasto al EP el valor de mercado de un arrendamiento de un bien inmueble de características similares, situado en la misma zona, etc. Esta última posición supone llevar el principio de independencia entre CC y EP a sus límites más extremos o

---

<sup>98</sup> La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio, en su artículo 29, se refiere a los elementos patrimoniales afectos a actividades económicas, considerando como tales los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad, los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad y en general cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.

<sup>99</sup> Existen opiniones partidarias de computar como gasto del EP la amortización del bien inmueble, calculada no sobre el valor contable, sino sobre el valor de mercado.



radicales, además, en mi opinión, una entidad raramente compraría un bien inmueble en el que va a situar una sucursal bancaria o una división de su fábrica para arrendarle a terceros, por tanto en la medida en que dicha operación no se haría frente a terceros, me parece más lógico atribuir la propiedad económica del bien inmueble a favor del EP, con el tratamiento indicado para tales casos, que asimilar la operación a un arrendamiento, reconociendo un gasto en sede del EP y un ingreso para la CC por el valor de mercado del arrendamiento<sup>100</sup>.

2.3. El bien inmueble propiedad de un tercero no vinculado se cede en arrendamiento a la CC, utilizándolo el EP.

En este escenario, sería la entidad financiera –CC- la que pagase la cuota de arrendamiento al arrendador no vinculado, pero dicha cuota debería repercutirse al EP. Es claro que en esta operación la CC no añade valor, lo que avala los comentarios vertidos anteriormente en el sentido de que lo suyo debería ser facturar por el coste o bien, utilizar la alternativa de vincular el coste del arrendamiento del bien inmueble a la parte de la empresa que le disfruta, independientemente de quien pague<sup>101</sup>, asimismo el EP debería correr con todos los demás gastos inherentes al uso del bien inmueble.

¿Qué ocurriría si la cuota de arrendamiento pagada por la CC se compensase con un ingreso por el mismo importe, replicado a su vez por un gasto en el EP?. Pues sencillamente que a nivel individual tendríamos: en la CC un gasto y un ingreso por el mismo importe –lo que fiscalmente sería correcto- y en el EP un gasto –también correcto-, en tanto que a nivel consolidado tendríamos: un único gasto que sería la cuota de arrendamiento pagada por la CC a terceros.

Lo fundamental en todos los casos señalados es que tanto el gasto como el ingreso motivados por el uso o la explotación de un activo se tomen únicamente una

---

<sup>100</sup> Pagos e ingresos nomenclaturales, a los que nos referimos en el apartado 1.4.3.2 anterior.

<sup>101</sup> Este planteamiento requiere, sin duda, del correspondiente ajuste positivo al resultado contable en sede de quien paga, esto es la CC, que no puede aprovechar fiscalmente el gasto, al no estar correlacionado con ninguno de sus ingresos.

vez, por la división de la empresa a la que corresponda la propiedad económica –en este caso por el EP- y no dos –por la CC y por el EP-<sup>102</sup>.

A modo de resumen, lo que queremos resaltar en este epígrafe 2, es que si el EP está utilizando un determinado activo en beneficio de la actividad y consecuencia de ello es la obtención de un ingreso, para determinar el beneficio de la actividad realizada por el EP han de considerarse todos los costes económicos asociados a la obtención de los ingresos y en el caso de la utilización de bienes inmuebles han de manejarse los parámetros indicados: amortización, intereses de préstamo afectado a la adquisición, mantenimiento, reparación, etc. Consideramos que la contabilidad de estos gastos en sede de la CC no debe llevar al rechazo en términos económicos y fiscales en sede del EP, si se puede probar la afectación funcional del bien a la actividad del EP, aún cuando estos hechos no aparezcan en la contabilidad del EP<sup>103</sup>.

Esta idea también se desprende del Comentario 33 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) y asimismo del Comentario 17.3 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2005), que se refieren a los activos cedidos al EP para su utilización con carácter temporal en la actividad empresarial, proponiendo que cada parte de la empresa asuma el coste del bien en proporción al uso que haga del mismo. En los Comentarios aludidos se toma como ejemplo de bien cedido al EP una máquina, así el EP debería soportar como coste el importe de la amortización de la máquina, los intereses de la financiación utilizada y los costes de mantenimiento y reparación<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> En el Grupo de Trabajo de “EP híbridos” de la Unión Europea se está trabajando en la elaboración de una Recomendación para salir al paso de aquellos supuestos en los que como consecuencia de que la actividad desarrollada por una entidad en un determinado Estado se considera por este realizada a través de un EP, en tanto que en el otro Estado se considera que dicha actividad no supera el umbral para reconocer la existencia de dicho EP, un gasto pueda ser objeto de doble deducción –en los dos Estados- o bien pueda ser objeto de deducción sin inclusión –deducción en un Estado, sin que sea ingreso en el otro-. Lo normal es que un EP híbrido no pueda darse en el espacio convenido, porque la definición de EP contenida en el Convenio es idéntica para los dos Estados, de manera que si surgiese alguna discrepancia sobre la existencia o no de un EP, debería ser resuelta mediante procedimiento amistoso. Sin embargo, por curioso que pueda resultar, Francia ha planteado un procedimiento amistoso por esta cuestión sin que los dos Estados hayan llegado a un acuerdo.

<sup>103</sup> En la norma interna, la cobertura se ubica en el artículo 16.1.c. del TRLIRNR y en los artículos 10.3 y 143 del TRLIS. Naturalmente debería probarse que dichos gastos se han contabilizado en sede de la CC. Arts. 10.3 y 131 de la Ley 27/2014.

<sup>104</sup> Ver Resolución a consulta VO 759/2009, de 13 de abril, de la Dirección General de Tributos, en la que se manifiesta que la amortización sobre maquinaria contabilizada en la CC, pero utilizada por un EP en Argentina, debe imputarse como gasto del EP. En la misma Resolución se dan pautas para asignar financiación a EP y para imputar intereses.

De esta manera, los gastos anudados a un activo los tiene la parte de la empresa que ostenta la propiedad económica y que lo usa como propietario y ninguna más, esto es, se trataría de colocar cada gasto y cada ingreso –los obtendría el propietario económico como arrendador- derivado de un activo a la parte o división de la empresa que ejerce las funciones significativas relevantes relativas a la gestión de dicho activo. Así es como se separa la propiedad jurídica de los bienes de la propiedad económica.

### C. Operaciones relativas a activos intangibles.

En esta parcela, analizaremos las operaciones de cesión de bienes entre la CC y el EP teniendo en cuenta si los bienes intangibles pertenecen a la propia empresa o a terceros<sup>105</sup>.

1. Los bienes intangibles son propiedad de la sociedad –previa adquisición a terceros- y se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial de su Estado de residencia, pero afectados funcionalmente al EP que los utiliza en los procesos de fabricación que lleva a cabo.

Las soluciones a las que llegaríamos serían muy similares a las relatadas en el caso de bienes inmuebles; también habríamos de considerar, en este caso, partiendo del principio de que la propiedad jurídica es de la empresa en su conjunto, si la afectación funcional de los intangibles a la actividad del EP tiene reflejo contable por parte del EP o no, actuando en consecuencia.

2. Los bienes intangibles pertenecen a terceros no vinculados.

A su vez los terceros ceden el derecho de uso de los mismos a la sociedad que paga un canon, a partir de este esquema pueden darse dos situaciones: los intangibles se utilizan tanto para la actividad de la CC como para la actividad del EP o se utilizan exclusivamente por el EP. En el primer caso el importe del canon que paga la CC a terceros ha de ser objeto de un reparto adecuado y razonable entre CC y EP en función de la utilidad que cada parte de la empresa

---

<sup>105</sup> La OCDE está trabajando en la modificación del Capítulo 6 de las Directrices de Precios de Transferencia, que se ocupa de los intangibles, estando prevista la publicación del nuevo Capítulo en una fecha que posibilite su entrada en vigor en el año 2014.

obtiene del uso de los bienes, en tanto que en el segundo, el canon ha de pagarse íntegramente por el EP. En ambos casos, la CC no debe añadir margen alguno al coste satisfecho a terceros, en la medida en que su papel haya sido el de mediador entre terceros y el EP, sin que su participación haya añadido valor a la operación.

3. Los bienes intangibles se han desarrollado por la entidad y financiado por todas y cada una de sus divisiones o EP.

Este escenario, a su vez, puede desembocar en las dos situaciones siguientes:

- 3.1. Los bienes intangibles se utilizan por las diferentes divisiones o EP de la entidad.

En aquellos casos en que los intangibles hayan sido desarrollados por la propia empresa, los costes de desarrollo se asumirán por las partes de la empresa que los utilicen, sin añadir margen alguno. El Comentario 34 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008) -Comentario 17.4. en la versión del Modelo OCDE (2005)- centra el tema en la propiedad jurídica de los bienes intangibles, reconociendo la imposibilidad de atribuir dicha propiedad jurídica a una parte de la empresa, sin embargo considera la posibilidad de imputar los costes de desarrollo del intangible a todas las partes de la entidad que los usa, desvinculando así la propiedad jurídica del intangible de la propiedad económica, resolviendo en definitiva que *“la parte de la empresa que ostenta la propiedad económica del intangible y lo utiliza como propietario debe en consecuencia soportar el gasto inherente a dicho bien”*.

Cuando los intangibles se hubieran activado, la amortización de los mismos deberá soportarse por los centros de producción que los utilicen. Este mismo tratamiento deberá observarse cuando los estudios e investigaciones ejecutados para lograr el intangible hayan devenido infructuosos, dando lugar a una pérdida, dicha pérdida se imputará a las diferentes divisiones de la empresa en función de la aportación de cada una a la financiación del proyecto sin éxito.

- 3.2. Los bienes intangibles se ceden a terceros.

La situación que enfocamos en este número es la posibilidad de que el EP compute un ingreso por este hecho. Pues bien, la respuesta ha de ser afirmativa; si el EP ha contribuido al desarrollo del intangible aportando los recursos necesarios, recursos procedentes de su actividad, en una determinada proporción, debe ser propietario del intangible en función de su participación en la financiación y por tanto tener derecho a su explotación, por lo que nada más razonable que compute como remuneración una parte de los ingresos obtenidos de los terceros a los que se ha cedido el uso del intangible, parte que deberá guardar proporción con el porcentaje en que el EP ha colaborado en la financiación y desarrollo del intangible<sup>106</sup>. De nuevo, el EP ostenta la propiedad económica del intangible y obtiene ingresos en su condición de propietario/arrendatario.

#### D. Operaciones de prestación de servicios.

El análisis de este epígrafe se va a enfocar considerando si los servicios que presta la CC constituyen o no su actividad habitual:

##### 1. Servicios típicos que habitualmente presta la CC.

Se valoran a precio de mercado. Ahora bien, también deberemos verificar si estos servicios que la CC presta al EP, se prestan a terceros no vinculados o si por el contrario solo se prestan dentro del grupo mercantil. Esta cuestión se había debatido anteriormente en 1.5.1.1.A), por lo que nos remitimos a dicho apartado, a los efectos de evitar repeticiones.

##### 2. Servicios que no forman parte de la actividad habitual de la CC.

Nos estamos refiriendo a los servicios que integran la actividad administrativa y direccional que realiza la CC en beneficio de sus diferentes departamentos o divisiones.

---

<sup>106</sup> Ver Capítulo 15 “La atribución de beneficios a establecimientos permanentes” de Ramón Tejada Fernández y Mario Ortega Calle, en “Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)”, VVAA 2010, Centro de Estudios Financieros. Página 606.

Se repercuten al EP exclusivamente por el coste, como habíamos indicado en líneas anteriores.

## **1.6. CONCLUSIONES.**

Con el catálogo de operaciones descritas no se agotan todas las que puedan realizarse entre CC y EP, nuestro trabajo no es tan ambicioso; pretende únicamente resaltar que no se puede dar un tratamiento único a las diferentes operaciones que tienen lugar en el ámbito descrito. Por el contrario, cada operación requiere de unas técnicas de análisis, en las que juega un papel fundamental el motivo económico de la operación, que nos permitan entender cual ha sido la aportación de la cuestionada operación a la actividad del EP o de la CC, a los efectos de establecer su vinculación con una determinada anotación de ingreso o gasto.

La calificación y la valoración adecuadas de la operación desde la perspectiva contable, a partir del “principio de prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica” ayudan a construir la “imagen fiel” que tanto el balance como la cuenta de pérdidas y ganancias del EP y de la CC han de mostrar a terceros en general, de acuerdo con el mensaje del artículo 34.2 del Código de Comercio. Este camino que recorre la norma contable conduce al artículo 10.3 del TRLIS, recordemos que dicho artículo nos manda calcular la base imponible, bien del IS, bien del IRNR, a partir del resultado contable, siempre y cuando, naturalmente, dicho resultado contable refleje el valor añadido en términos económicos por la actividad ejecutada por el EP en España; en otro caso, el artículo 143 del citado TRLIS, autoriza a la Administración tributaria a determinar la base imponible practicando, conforme se indica en el artículo 10.3 anteriormente mencionado, cuantos ajustes sean necesarios para alcanzar el resultado económico que proyecte con fidelidad la retribución de los factores de la producción del EP en España, por tanto disponemos de la cobertura apropiada para ajustar la renta del EP cuando las operaciones vinculadas, considerando las cuestiones señaladas en el apartado 1.5 anterior, no se hayan valorado fiscalmente según mercado<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Artículos 10.3 y 131 de la Ley 27/2014.







## **CAPÍTULO 2**

# **ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES FINANCIERAS**

## **SUMARIO**

2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. CONSTITUCION DE ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SUCURSALES. 2.2.1. Entidades financieras constituidas en España. 2.2.2. Establecimientos Permanentes de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea. 2.2.2.1. Normativa Comunitaria. 2.2.2.2 Normativa Interna. 2.2.3. Establecimientos Permanentes de entidades de crédito autorizadas en Estados terceros. 2.2.3.1. Normativa Comunitaria. 2.2.3.2 Normativa Interna. 2.3. LA ACTIVIDAD DE LA CASA CENTRAL Y LA ACTIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 2.4. EL CAPITAL Y SUS FUNCIONES. 2.4.1. Función operativa o de explotación. 2.4.2. Función de garantía. 2.4.3. Función contable. 2.5. EL CAPITAL EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS. 2.5.1. La ratio de solvencia. 2.5.2. Normas que regulan la ratio de solvencia. 2.5.2.1. Normativa Marco Internacional. 2.5.2.2. Normativa Comunitaria. 2.5.2.3. Normativa Interna. 2.5.3. Recursos Propios computables a los efectos de la determinación de la *ratio* de solvencia. 2.5.3.1. Recursos Propios. Normativa bancaria. 2.5.3.2. Recursos Propios. Ámbito Mercantil. 2.5.3.3. Recursos Propios. Ámbito Contable. 2.5.3.4. Recursos Propios. Ámbito Fiscal. 2.5.4. Cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos. 2.5.4.1. Áreas de Riesgo a cubrir. 2.5.4.2. Ejemplo práctico de cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos. 2.6. CONCLUSIONES.

## **2.1. INTRODUCCION.**

En el Capítulo 1 habíamos abordado los conceptos de sucursal –ámbito mercantil- y de establecimiento permanente –ámbito fiscal-, y, asimismo analizado el tratamiento fiscal de determinadas operaciones realizadas entre la CC y los diferentes EP dependientes de ella. En este Capítulo centraremos nuestra atención en los EP de entidades financieras –a los que obviamente resultan de aplicación íntegramente todas las conclusiones alcanzadas en el Capítulo anterior, en lo tocante a relaciones y operaciones desarrolladas con su CC o con otros EP de la misma-. Examinaremos las cuestiones relativas a su establecimiento en España, las obligaciones a cumplir y muy especialmente el grado de capitalización del EP, en cuanto parte o unidad de una entidad financiera, análisis que vendrá condicionado por la normativa bancaria.

## **2.2. CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES FINANCIERAS Y DE SUCURSALES.**

### **2.2.1. ENTIDADES FINANCIERAS CONSTITUIDAS EN ESPAÑA.**

En España, como en la mayoría de los Estados, la actividad bancaria es una actividad absolutamente disciplinada, sometida a la supervisión del Banco de España y ello, en atención a la mercancía tan delicada que se maneja en la actividad que desarrollan las entidades financieras, en la que cualquier movimiento no controlado puede tener repercusiones indeseadas en la política monetaria y en el desarrollo económico del Estado<sup>108</sup>.

Esta supervisión se manifiesta desde el origen de la entidad financiera, habida cuenta que como paso previo a su aparición en el mercado ha de cumplir una serie de requisitos, y asimismo acompaña a la entidad durante todo su recorrido.

La constitución de entidades financieras, su funcionamiento y desarrollo en España se regulan, entre otras normas, en:

---

<sup>108</sup> En el marco del Mecanismo Único Supervisor, el Banco Central Europeo supervisará los bancos de la zona euro, como muy tarde, a partir del 4 de noviembre de 2014, apoyado en la función supervisora de los Bancos Centrales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

- Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero<sup>109</sup>.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito<sup>110</sup>.
- Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, Ley desarrollada por el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio.
- Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, que incorpora parcialmente la Directiva 2006/48/CE.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.
- Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las comunidades europeas.
- Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) n° 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia.
- Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito<sup>111</sup>.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

---

<sup>109</sup> La Ley 13/1985 y la Ley 26/1988 han sido objeto de diversas modificaciones, entre las últimas, citamos las realizadas a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, la Ley 6/2011, de 11 de abril, la Ley 15/2011, de 16 de junio, el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto –derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, la Ley 9/2012, de 14 de noviembre y el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. Esta Ley finalmente ha sido derogada por la Ley 10/2014.

<sup>110</sup> Modificada por el Real Decreto Ley 14/2003, de 29 de noviembre y posteriormente derogada por la Ley 10/2014.

<sup>111</sup> Modificada por el Real Decreto Ley 14/2003, de 29 de noviembre.

- Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero<sup>112</sup>.
- Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero<sup>113</sup>.
- Real Decreto Ley 10/2012, de 23 de marzo, por el que se modifican determinadas normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión.
- Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito –derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre-.
- Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.
- Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas
- Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.
- Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.
- Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras.
- Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre, que modifica el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio y el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.
- Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre.
- Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito sobre determinación y control de recursos propios mínimos<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Esta norma está derogada parcialmente, la Disposición Transitoria 3ª y la Disposición Final 3ª se derogaron por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre y el Título 1 por el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre.

<sup>113</sup> El artículo 1.3 y el Anexo II se derogaron por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.

<sup>114</sup> Derogada por el Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, en todas aquellas normas que sean incompatibles con el Reglamento (UE) 575/2013.

- Circular 9/2010, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.
- Circular 2/2011, de 4 de marzo, del Banco de España, a entidades de crédito sobre coeficientes de financiación mayorista<sup>115</sup>.
- Circular 4/2011, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo.
- Circular 7/2012, de 11 de diciembre, a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal<sup>116</sup>.
- Circular 2/2014, de 31 de enero, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) nº 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012.

Por lo que se refiere a los requisitos que debe satisfacer toda entidad que vaya a entrar en el mercado bancario español, son los siguientes:

- De acuerdo con el artículo 14.1 del Reglamento (UE) 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013<sup>117</sup>, la solicitud de autorización *se presentará ante las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en el que vaya a establecerse la entidad, de conformidad con los requisitos previstos en la legislación nacional*. Dicha autoridad –Banco de España- adopta sobre la solicitud presentada un proyecto de decisión para proponer al Banco Central Europeo la concesión de la autorización o rechaza dicha solicitud. Es la autoridad citada en último lugar quien finalmente adopta el proyecto de decisión o lo rechaza. En este línea se encuentra el texto de los artículos 4.2 y 6 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, que regula las competencias del Banco de España en esta materia<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Derogada por la Circular 7/2012, de 11 de diciembre.

<sup>116</sup> Derogada por la Circular 2/2014, de 31 de enero.

<sup>117</sup> El Reglamento se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de octubre de 2013 y entró en vigor, de acuerdo con su artículo 34, cinco días después de la fecha de publicación.

<sup>118</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor de ambas normas, los requisitos de autorización se recogían en los artículos 1 y 3 del RD 1245/1995, de 14 de julio.

- Ha de disponer de un capital inicial no inferior a 18.000.000 euros, de acuerdo con el artículo 2.1.b. del Real Decreto 1245/1995, representado por acciones nominativas y desembolsado íntegramente en efectivo<sup>119</sup>.
- La constitución de la entidad se inscribe en el Registro Mercantil y en el Registro de Entidades de Crédito del Banco de España<sup>120</sup>.
- La inscripción en el Registro del Banco de España y las bajas en el mismo se publican en el *Boletín Oficial del Estado* y se comunican a la Autoridad Bancaria Europea.

## 2.2.2. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES DE CREDITO AUTORIZADAS EN ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA.

### 2.2.2.1. NORMATIVA COMUNITARIA.

La normativa comunitaria que regula el establecimiento de sucursales de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea, en cualquier otro Estado miembro, se localiza en la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE y en el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/201 y en el Reglamento (UE) 1024/2013<sup>121</sup>.

De acuerdo con el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 575/2013, se entiende por sucursal bancaria “*una sede de explotación que constituya una parte, desprovista de*

---

<sup>119</sup> De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, transpuesta a la normativa interna a través del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, el capital mínimo ha de ser de 5.000.000 euros. En determinados casos –a opción de los Estados miembros- se puede autorizar a que las entidades financieras tengan un capital inferior a 5.000.000 euros, pero en ningún caso, el capital puede ser inferior a 1.000.000 euros, norma en vigor desde 1 de enero de 2014. La misma dotación de capital exigía el artículo 9.1. de la Directiva 2006/48/CE.

<sup>120</sup> Artículo 15.1 de la Ley 10/2014.

<sup>121</sup> Con anterioridad, estos aspectos se regulaban en la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio, modificada por las Directivas 2007/18/CE, de la Comisión, de 27 de marzo, 2009/83/CE, de la Comisión, de 27 de julio y 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre.

*personalidad jurídica, de una entidad y, que efectúe directamente, de modo total o parcial, las operaciones inherentes a la actividad de una entidad”.*

Cuando el Banco Central Europeo, de acuerdo con la propuesta de autorización de la autoridad nacional competente de un Estado miembro de la Unión Europea concede autorización a una entidad para que realice actividades financieras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva 2013/36/UE, esta autorización habilita a la entidad en cuestión, no solo a actuar en el territorio de constitución o residencia, sino también –a través de sucursales- en cualquier otro Estado de la Unión Europea, sin necesidad de permiso especial por parte de la autoridad competente del Estado de acogida. No obstante, es preciso que la entidad comunique al Organismo Supervisor del Estado de acogida –Banco de España en este caso- su intención de abrir una sucursal, la autorización de que dispone en su Estado de origen y las actividades que planea realizar en el territorio de acogida.

El contenido del artículo 17 citado refleja el espíritu de la Directiva, que en el número 5 del Preámbulo dice *“La presente Directiva debe constituir el instrumento esencial para la realización del mercado interior bajo el doble aspecto de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios financieros en el sector de las entidades de crédito”*, dando cobertura a las entidades autorizadas en un Estado miembro a operar vía sucursal o en régimen de libre prestación de servicios en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea sin autorización adicional del Estado de acogida y sin obligación de disponer de fondo de dotación. El texto del artículo 17 dice: *“Los Estados miembros de acogida no deberán exigir autorización o capital de dotación respecto a sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros<sup>122</sup>. El establecimiento y la supervisión de dichas sucursales se regirán por lo dispuesto en el artículo 35, el artículo 36, apartados 1, 2 y 3 y los artículos 37, 40 a 46, 49, 74 y 75”*.

---

<sup>122</sup> La licencia concedida a una entidad financiera en un Estado de la Unión Europea habilita a dicha entidad para trabajar en cualquier otro. En cuanto a la dotación de capital, debe puntualizarse que una cosa es que no se exija y otra muy diferente es que se impida, la sucursal puede perfectamente tener dotación de capital, de hecho el artículo 12.1.a) del Real Decreto 216/2008, según modificación operada por el Real Decreto 771/2011, contempla como un componente más de los recursos propios de las entidades de crédito el fondo de dotación de las sucursales de entidades de crédito extranjeras.

#### 2.2.2.2. NORMATIVA INTERNA.

En cuanto a nuestra normativa interna, estos aspectos se regulan en las normas siguientes:

##### 2.2.2.2.1. DEFINICIÓN DE SUCURSAL.

Real Decreto 1245/1995, -artículo 9-. El apartado 1 del mismo se refiere a las sucursales de entidades de crédito extranjeras en los siguientes términos: “...se entenderá por sucursal una sede de explotación que constituya una parte, desprovista de personalidad jurídica, de una entidad de crédito, que efectúe directamente, de modo total o parcial, las operaciones inherentes a la actividad de una entidad de crédito; se considerarán una sucursal todas las sedes de explotación creadas en el mismo Estado por una entidad de crédito que tenga su sede social en otro Estado”.

##### 2.2.2.2.2. APERTURA DE SUCURSAL.

El artículo 12 de la Ley 10/2014, regula la competencia del Banco de España en esta materia que se limita a verificar las actividades que la sucursal, dependiente de la entidad autorizada en el otro Estado miembro, va a desarrollar en España.

La creación de sucursales se inscribe en el Registro de Entidades de Crédito del Banco de España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2.a) de la Ley 10/2014.

##### 2.2.2.2.3. DOTACIÓN DE CAPITAL.

- Real Decreto 1245/1995, - artículo 9. 3-. Dicho apartado dice: “La apertura en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea no requerirá autorización previa, ni dotación específica de recursos, ni quedara sujeta a lo previsto en los artículos precedentes de este Real Decreto. Sin embargo, quedará condicionada a que el Banco de España reciba una comunicación de la autoridad supervisora de la entidad de crédito, que contenga, al menos, la siguiente información: ...”



- Circular 3/2008, - Norma primera, apartado 5, 1º párrafo-. El literal de la norma nos dice: *“Los requerimientos establecidos en la presente Circular no serán aplicables a las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otros países del Espacio Económico Europeo”*.

Las previsiones relativas a la ausencia de dotación de capital en el Estado de acogida del EP contenidas en el artículo 17 de la Directiva 2013/36/UE, en el artículo 9.3 del Real Decreto 1245/1995, y en la Norma Primera de la Circular 3/2008, apartado 5, 1º párrafo, se justifican en un espacio armonizado a nivel normativo, como lo es el espacio europeo, en el que se pretende que todas las entidades financieras autorizadas en los diferentes Estados, puedan trabajar en un mercado único, de ahí que se exija el cumplimiento de los requerimientos de solvencia de la CC y de los EP - ya se encuentren estos localizados en Estados de la Unión Europea o en Estados terceros- a nivel consolidado, aunque cada Estado considere a la CC y al EP a nivel individual. En la medida en que la entidad financiera forme parte de un grupo consolidable, además de cumplir a nivel individual –casa central y sucursales- los requerimientos de recursos propios, también deberá cumplirlos a nivel consolidado: sociedad matriz -casa central y sucursales- y entidades filiales<sup>123</sup>.

De acuerdo con la normativa a la que hemos hecho referencia en líneas anteriores resulta relativamente frecuente que los Balances de los EP de entidades autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea no tengan anotada en libros dotación de capital, o bien que la cifra registrada en sus libros por este concepto no sea apropiada para acometer las actividades que realiza el EP en el territorio de acogida. Este proceder, que no admite crítica desde el punto de vista de normativa bancaria, desde el punto de vista fiscal puede presentar problemas de deslocalización de rentas que podrían conducir a déficits de imposición en el Estado de situación del EP.

---

<sup>123</sup> El perímetro de consolidación desde la perspectiva de la solvencia se regula en la Ley 13/1985, artículo 8 y en la Circular 3/2008, norma segunda, y está constituido únicamente por entidades financieras, por lo que se refiere al concepto de “unidad de decisión” definitivo para saber si las entidades han de consolidar, a la hora de calcular los recursos propios, se contiene en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores. El perímetro de solvencia difiere del perímetro de consolidación contable, regulado en la Circular 4/2004, norma tercera, apartado 7, definido por el criterio de control que acoge además a las entidades aseguradoras, la inclusión de estas entidades en el perímetro de consolidación de solvencia no permitiría interpretar correctamente los riesgos de las entidades financieras del grupo consolidable de entidades de crédito, de ahí su exclusión. El elemento nuclear de la consolidación contable es el “control”. Por último, el perímetro de consolidación fiscal se regula en el artículo 67 del TRLIS, y se basa en el porcentaje de “participación”. Art. 58 de la Ley 27/2014.

Ahora bien, de este relato no debe llegarse a la conclusión de que un EP en España, que reúna las características apuntadas en el párrafo anterior, carece de capital, el EP posee dotación de capital, dotación que figura anotada en los libros de la CC, habida cuenta que la entidad de crédito satisface los requerimientos del coeficiente de solvencia a nivel global –CC / EP- en su Estado de residencia, requerimientos que se vigilan por el Organismo Supervisor de tal Estado, con la colaboración del Banco de España. En consecuencia con lo anteriormente expuesto, los requerimientos mínimos de capital no tienen por qué cumplirse y de hecho en ocasiones no se cumplen a nivel territorial, sin embargo hemos de entender que el EP como parte de una entidad de crédito tiene cubiertos todos los riesgos asumidos como consecuencia de su gestión en el Estado de situación e incluso en Estados terceros –cuando trabajen y asuman riesgos en tales Estados-, por el coeficiente de solvencia que ha calculado su CC a nivel consolidado.

#### 2.2.2.2.4. COMPETENCIAS SUPERVISORAS.

Las competencias supervisoras, en el caso de entidades financieras autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea, con sucursales en otros Estados miembros, aparecen reguladas en los artículos 4, 9 y 16 del Reglamento (UE) 1024/2013, que las atribuye con carácter general y en el marco del Mecanismo Único de Supervisión al Banco Central Europeo, artículos que siguen las pautas de la Directiva 2013/36/UE, que se refiere a ellas en el Preámbulo, puntos 10 y siguientes y más concretamente en los artículos 49 y siguientes, que regulan esta cuestión. De acuerdo con estos, el mapa de distribución de competencias supervisoras es el siguiente:

a) La responsabilidad en materia de supervisión de la solidez financiera y en particular de la solvencia de la entidad de crédito corresponde a la autoridad del Estado miembro de origen de la misma. Carece de todo sentido que dos Organismos Supervisores verifiquen uno, la solvencia del EP y otro, la solvencia de la CC, actividad que cada Organismo desarrollaría en un Estado diferente, pero manejando la misma información; por lo que respecta a la entidad financiera tampoco parece razonable que deba preparar dos estados informativos, uno para cada Organismo supervisor. Si cada Órgano supervisor vigilara el cumplimiento de solvencia en la “parte de entidad” que

trabajara en su esfera territorial, posiblemente se llegara al resultado de que CC y EP necesitasen mayor cantidad de recursos propios en su análisis como partes separadas, que en su análisis como un todo.

b) La responsabilidad en materia de supervisión de la liquidez y de la ejecución de la política monetaria y del adecuado funcionamiento del sistema de pagos corresponde a la autoridad del Estado miembro de acogida, en colaboración con la autoridad el Estado de origen.

c) La supervisión del riesgo por operaciones realizadas en los mercados financieros españoles también debe ser objeto de una estrecha colaboración entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida.

d) La supervisión de las actividades habituales de la sucursal se encomiendan al Organismo Supervisor del Estado de acogida, artículo 59 de la Ley 10/2014, para lo cual está previsto el intercambio de información recíproco con el supervisor del Estado de origen.

e) La supervisión de los grupos bancarios de la Unión se comparte por las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y acogida.

### 2.2.3. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE ENTIDADES DE CREDITO AUTORIZADAS EN ESTADOS TERCEROS.

#### 2.2.3.1. NORMATIVA COMUNITARIA.

A estos establecimientos se refiere el artículo 47 de la Directiva 2013/36/UE, concretamente el apartado 3 indica: *“La Unión podrá decidir, mediante acuerdos celebrados con uno o más terceros países, la aplicación de disposiciones que dispensen a las sucursales de una entidad de crédito que tenga su administración central en un país tercero el mismo trato en el conjunto del territorio de la Unión”*, lo que significa para las entidades afectadas la posibilidad de trabajar en el territorio de la Comunidad Europea exactamente en las mismas condiciones que las sucursales de entidades comunitarias, esto es sin necesidad de autorización por parte de la autoridad competente del Estado de acogida y sin dotación de capital. También en el Preámbulo de la Directiva, número 23 se alude a

estas sucursales en los términos siguientes: *“El régimen debe ser análogo en todos los Estados miembros y no más favorable que el aplicado a las sucursales de las entidades de crédito de otro Estado miembro”*

#### 2.2.3.2. NORMATIVA INTERNA.

Esta materia se regula, en la Ley 10/2014, artículo 4.2.a), que dice: *“Corresponderá al Banco de España: ... y la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea”*. A su vez el artículo 13 del mismo texto legal establece la obligación para el Banco de España de notificar *“a la Comisión Europea, a la Autoridad Bancaria Europea y al Comité Bancario Europeo todas las autorizaciones de sucursales concedidas a las entidades de crédito que tengan su administración central en un Estado no miembro de la Unión Europea”*. Las actividades de la sucursal darán comienzo una vez inscrita en el Registro Mercantil y en el Registro de entidades de crédito del Banco de España, artículo 15.2.b) de la Ley mencionada<sup>124</sup>.

En cuanto a la observación que dichos EP deben a la *ratio* de solvencia, la misma se contiene en el artículo 60 de la Ley 10/2014, que se refiere a esta cuestión en su apartado 1, previendo la posibilidad de que el Banco de España exija previsiones específicas para dichas sucursales, eso si, con la cautela de que: *“En todo caso, las obligaciones exigidas a las sucursales de Estados no miembros de la Unión Europea no podrán ser menos estrictas que las exigidas a las sucursales de Estados miembros de la Unión Europea”*<sup>125</sup>.

La *ratio* de solvencia también se regula en las normas que se indican a continuación:

- El artículo 8 del Real Decreto 216/2008, que prevé: *“En el caso de sucursales de entidades de crédito con sede en terceros países, los límites a la concentración de riesgos se calcularán sobre los recursos propios de la entidad extranjera en su conjunto. La sucursal comunicará al Banco de España, dos veces al año, dichos recursos propios, calculados conforme a su legislación nacional. Si la sucursal no puede aportar estos datos, el cálculo se realizará con los elementos de recursos propios localizados en la sucursal”*

---

<sup>124</sup> Esta cuestión anteriormente se encontraba regulada en el artículo 43 de la Ley 26/1988.

<sup>125</sup> Anteriormente artículo 13 de la Ley 13/1985.

- La norma primera, apartado 5, párrafo 2º de la Circular 3/2008, que establece que a las sucursales de entidades de crédito con sede en terceros países, no les resultan exigibles los requerimientos generales de recursos propios mínimos y los límites de riesgo, siempre que se solicite por parte de la entidad al Banco de España de manera motivada y se cumplan unas determinadas condiciones, tales como que: *“a) dicha entidad, esté sujeta, en su país de origen a requerimientos equivalentes a los establecidos en la materia por las directivas de la Unión Europea, b) la sucursal se integre con el resto de la entidad a esos efectos, c) la entidad se comprometa a respaldar en todo momento, y siempre que se lo solicite el Banco de España, las obligaciones de su sucursal, proporcionándole los medios necesarios para atender esas obligaciones en España, d) en caso de liquidación de la entidad de crédito, exista igualdad de tratamiento de los acreedores de la sucursal con el resto de los acreedores de la entidad y e) haya reciprocidad en esta materia respecto de las sucursales de entidades de crédito españolas en el país de origen”*.

De no darse estas circunstancias, a las mentadas sucursales les son de aplicación las normas generales.

Las normas anteriormente citadas no han sido derogadas por la Ley 10/2014, por lo que en la medida en que no resultan contrarias a las disposiciones contenidas en esta Ley, se entienden en vigor.

### **2.3. LA ACTIVIDAD DE LA CASA CENTRAL Y LA ACTIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.**

Una de las constantes que se ha manejado en la definición de EP y que en este apartado interesa destacar es que no es imprescindible para llegar a la calificación de EP que la actividad del EP deba ser una copia a escala menor de la actividad de la CC. Puede muy bien la actividad del EP ser una copia a escala menor de la actividad de la CC, pero también es posible que la actividad del EP sea solo una parte de la actividad de la entidad o una fase del ciclo productivo, etc. Por ejemplo, en el ámbito extrafinanciero: la CC puede dedicarse a la fabricación y venta de vehículos automóviles y piezas de recambio, en tanto que el EP se dedica exclusivamente a la venta de vehículos, o bien a la venta de piezas de recambio o a la reparación de vehículos.

En el ámbito de la actividad financiera también sucede de esta manera. La CC normalmente suele abarcar una gama de operaciones tanto activas como pasivas mucho más amplia que las que puedan llevar a cabo los EP, y ello no sólo porque la dimensión del EP –salvo raras excepciones- es más reducida que la de la CC, sino también porque la actividad del EP aparece condicionada por su localización y por supuesto por la actividad desarrollada por las entidades financieras autorizadas en el Estado de acogida, que disfrutan de una posición consolidada en el territorio en cuestión; de ahí que la entidad financiera a la hora de asignar funciones al EP no puede perder de vista este hecho.

A título de ejemplo, si nos situamos en una entidad financiera residente en Reino Unido que pretende entrar en el mercado bancario español a través de un EP, lo primero que los directivos de tal entidad deben hacer es estudiar y comparar el mercado inglés y el español. Así detectarían que en Reino Unido no es frecuente que sus residentes soliciten de las entidades financieras créditos para financiar la adquisición de viviendas, porque la cultura de adquirir viviendas no es típicamente inglesa. Pues bien, si estas entidades pretenden operar en España por medio de un EP, sin duda, este sería un mercado a considerar y con toda probabilidad la política del EP pasaría por la concesión de préstamos hipotecarios para financiar viviendas en España. Este ejemplo pone de relieve como las diferentes divisiones de la entidad financiera pueden dedicarse a segmentos de mercado diferentes, lo que conlleva asunción de riesgos diferentes.

Abundando en el ejemplo expuesto, veamos la actividad de una entidad financiera a través de sus dos divisiones:

Operaciones de la CC. Pasivas: depósitos tomados, emisión de empréstitos, obligaciones. Activas: concesión de créditos sin garantía, inversión en títulos de renta variable, derivados financieros, *leasing*, *renting*.

Operaciones del EP. Pasivas: depósitos tomados. Activas: concesión de créditos con garantía hipotecaria, constitución de depósitos interbancarios –depósitos prestados- e inversiones en títulos de renta fija.

Pues bien, esta distribución de funciones nos indica que el EP asume menos riesgos que la CC, lo cual influiría de manera decisiva a la hora de atribuir “capital libre” a una y a otra división, ya que las operaciones del EP consumirían menos recursos propios que las operaciones de su CC, que al asumir mayores riesgos demandaría mayor consumo de recursos propios. Esto se traduciría en que la composición del Balance y de los Activos, así como la naturaleza y el alcance de los riesgos sea diferente en cada una de las divisiones de la entidad. Así pues, el modelo de negocio y la política de inversiones no tienen necesariamente que ser coincidentes para CC y EP.

De otro lado, los hechos vienen demostrando que la CC normalmente realiza operaciones más estructuradas y arriesgadas que los EP, ello se debe a que en la CC se residencian no solo la mayoría de los recursos financieros, sino también los recursos humanos con mayor nivel de conocimiento y experiencia y por supuesto la dirección de la entidad, dirección de la que la mayoría de las veces carece el EP.

Al margen del mercado geográfico, que puede llevar a que CC y EP tengan modelos de negocio diferentes, como acabamos de ver, encontramos algunas operaciones activas que tradicionalmente se han residenciado en la CC, por ejemplo: la toma de participaciones accionariales en otra entidad. No obstante, ser ésta la situación más común, la norma española, en el intento de eliminar diferencias en el trato entre filiales y EP, siguiendo la orientación marcada por el Tribunal de Luxemburgo – Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Caso *Saint Gobain*, C-307/97-<sup>126</sup>, contempla, en determinadas condiciones, la posibilidad de “colgar” del EP participaciones de empresas –artículo 16.1.c.3º párrafo del TRLIRNR-. Incluso permite, si se cumplen ciertos requisitos, la aplicación del régimen especial de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades al EP –el EP sería la cabecera del grupo o entidad dominante- y a sus filiales, que serían las sociedades dominadas –artículo 67.2.a del TRLIS<sup>127</sup>-.

---

<sup>126</sup> Principio de libertad de establecimiento, artículo 43 –antes 52- del Tratado de la Unión Europea y principio de no discriminación, artículo 12 –antes 6- del citado Tratado. Véase sobre este tema a CAAMAÑO ANIDO, M. A.; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2001, pp. 159-195).

<sup>127</sup> Art. 58.2.f de la Ley 27/2014. Las cuestiones relativas a la posibilidad de que el EP fuera cabecera de grupo fiscal y a la asignación de patrimonio al EP se trataron en el trabajo realizado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, páginas 11 y 12. Se recuerda, por la importancia que tiene en el

Con estos sencillos casos, únicamente tratamos de demostrar que la actividad del EP no tiene que ser necesariamente una copia a escala menor de la actividad de su CC y por ello, los riesgos que asume el EP tampoco son coincidentes con los de la CC, precisamente por las diferentes funciones que ejecutan.

Por tanto si partimos de una entidad con un patrimonio perfectamente dimensionado para llevar a cabo la actividad económica y dicha entidad va a trabajar en otro Estado mediante un EP, lo primero que hay que hacer es diseñar la actividad que se le quiere encomendar. Esto es, hay que asignarle unas funciones y de acuerdo con ello y con los riesgos que conlleva el desempeño de las funciones, dotarle de los medios personales y materiales necesarios para que el ejercicio de dichas funciones se pueda llevar a cabo, de tal forma que los ingresos obtenidos por la realización de dichas funciones garanticen una retribución adecuada a las mismas.

En definitiva y enlazando este planteamiento con el contenido del artículo 7.2 del Modelo OCDE <sup>128</sup> que consagra el principio de libre competencia cuando considera al EP como una empresa distinta y separada de su CC, el ejercicio que se ha propuesto en el párrafo anterior debería realizarse en dos fases:

*Primera fase:* Identificar las funciones de la entidad que se van a realizar por el EP. Realizada esta operación, procedería evaluar los riesgos asociados a dichas funciones, a los efectos de delimitar los activos que harían posible la actividad del EP.

---

procedimiento inspector, que el grupo fiscal estaría sujeto al Impuesto sobre Sociedades, el EP al Impuesto sobre la Renta de No Residentes y las filiales al Impuesto sobre Sociedades.

<sup>128</sup> Versión Modelo OCDE (2010), artículo 7.2. “A los efectos de este artículo, y del artículo (23 A) (23 B), los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa”. Versión Modelo OCDE (2008), artículo 7.2 “Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente las utilidades que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.”



*Segunda fase:* Atribuir al EP una suma de capital libre que sea suficiente para cubrir: el desempeño de sus funciones, los riesgos que asume y los activos que utiliza<sup>129</sup>.

## **2.4. EL CAPITAL Y SUS FUNCIONES.**

El capital de una entidad, dicho de manera muy resumida, representa la participación de los accionistas en el conjunto de la empresa, dicha magnitud se identifica con las aportaciones iniciales efectuadas por los propietarios o accionistas o inclusive en un momento posterior y con los recursos generados por la entidad a lo largo del tiempo, desempeñando al menos tres funciones relevantes: operativa, de garantía y contable.

### **2.4.1. FUNCIÓN OPERATIVA O DE EXPLOTACIÓN.**

Las entidades durante toda su vida jurídica han de estar debidamente capitalizadas, esto es disponer de un capital adecuado que permita ejecutar todas las actividades de la misma. Esta función nos lleva de inmediato a la calificación del capital como suficiente, en realidad calificar la suficiencia del capital requiere establecer una relación entre el capital aportado por los socios y la dimensión económica de las actividades a realizar por la entidad. Y esta afirmación que parece lógica de todo punto, plantea no pocos problemas cuando se pretende su aplicación práctica, y ello porque si bien el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 4, requiere que las sociedades en general, tanto de responsabilidad limitada como anónimas, tengan un capital mínimo, no es menos cierto que una vez satisfecho este requisito, no existe ninguna norma que verifique la adecuación del capital a las actividades de la entidad a lo largo de la vida de la misma. De ahí, que no sea extraño que en algunas entidades, en algún momento de su discurrir, se den problemas de subcapitalización<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Se entiende que el capital libre está constituido por los fondos propios de una empresa, cuya retribución no genera gasto deducible en el Impuesto sobre Beneficios.

<sup>130</sup> Ver Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariados de fechas 22 de junio de 1993, *RJ* 5322 y de 23 de junio de 1993, *RJ* 5327.

#### 2.4.2. FUNCIÓN DE GARANTÍA.

El capital constituye la financiación básica de la empresa que asegura la cobertura del riesgo al que la misma se enfrenta, operando como cifra mínima de garantía frente a terceros para el cobro de los créditos concedidos a la entidad: Hacienda Pública, acreedores sociales, etc.

Es este importante papel del capital el que ha llevado en el ámbito del Derecho Mercantil a que todas las operaciones que giran alrededor de esta magnitud – constitución de sociedad, aumento y reducción de capital, canje de acciones, entre otras– estén cubiertas por una cuidadosa reglamentación, en el caso de sociedades anónimas, artículos 295 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que culmina en la inscripción de las operaciones mencionadas en el Registro Mercantil, con la finalidad última de facilitar su consulta pública por cualquier tercero que opere con la entidad o sencillamente esté interesado en conocer su evolución. Del texto legal referenciado hacemos mención a tres artículos que se refieren de manera especial al capital:

- 1) el artículo 4.2 que establece que las sociedades anónimas en el momento de su constitución han de partir con una cifra mínima de capital de 60.000 euros –cifra que debe mantenerse con dicho carácter de mínimo legal, durante toda la vida de la sociedad–,
- 2) el artículo 327, cuya misión es el control de las pérdidas que pueda tener la entidad en el desarrollo de sus actividades o sería mejor decir el control de la cifra de capital, con el objeto de impedir que las pérdidas acaecidas en el acontecer de la actividad, sitúen dicha cifra de capital en unos niveles comprometidos cara a cumplir los compromisos de la entidad. Así, dicho artículo prevé la *reducción de capital con carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto*<sup>131</sup> y,

---

<sup>131</sup> Ver la Disposición Adicional Única del Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, que prevé un régimen especial para el cómputo de pérdidas en los casos de reducción obligatoria de capital social en sociedades anónimas y disolución en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. De acuerdo con

3) el artículo 363.1.d. que establece la obligación, ante pérdidas que sitúen el patrimonio neto a un nivel inferior al 50 por 100 del capital social, de disolver la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca la cifra de capital en la medida suficiente para mantener el equilibrio entre ambas magnitudes,<sup>132</sup> ello siempre y cuando no sea procedente solicitar la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal.

Las causas de reducción de capital y de disolución previstas en los artículos 327 y 361.1. e) ó d) reseñados no resultan de aplicación a las entidades de crédito controladas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)<sup>133</sup>.

#### 2.4.3. FUNCIÓN CONTABLE.

Desde el punto de vista de la estructura del balance empresarial, el capital equilibra las dos grandes masas patrimoniales del balance, el activo real –activo fijo y activo circulante- y el pasivo exigible –pasivo exigible a corto y pasivo exigible a largo- y su papel es financiar el activo circulante de la entidad y una parte de su estructura permanente. Esto nos lleva a la conclusión de que si bien no existe una cifra determinada de capital para cada empresa en concreto, si se conoce –al menos en teoría- como debe ser la estructura equilibrada de un balance empresarial y esta estructura es la que nos permite dimensionar esta magnitud del balance de la entidad, teniendo en

---

esta norma, y a los efectos indicados, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias. Si bien la aplicación excepcional de la norma tenía una vigencia temporal limitada, concretamente se aplicaría a los dos ejercicios sociales que se cerrasen a partir de la entrada en vigor de la misma, la vigencia de esta Disposición ha sido ampliada por la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, que dice: “*Se renueva sin solución de continuidad y a todos los efectos legales, durante el ejercicio social que se cierre a partir de la entrada en vigor del presente real decreto ley la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre*”.

<sup>132</sup> En relación con el concepto de patrimonio, ver Resolución del ICAC de 20 de diciembre de 1996, en la que se delimitan los criterios para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades y asimismo, la nueva redacción del artículo 36, apartado 1, letra c) del Código de Comercio, sobre el concepto de Patrimonio Neto, dada por la Disposición Final Primera del Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre.

<sup>133</sup> Ver Disposición Adicional Undécima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.

cuenta el margen de actuación que nos ofrecen los artículos 4, 327 y 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010, a que nos hemos referido en el apartado anterior<sup>134</sup>.

## **2.5. EL CAPITAL EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS.**

Si el análisis de las funciones del capital en el ámbito empresarial en general, lo trasladamos al ámbito financiero, se observa que en este, el capital cumple igualmente las funciones anteriormente descritas en el apartado 2.4 anterior, esto es: operativa, de garantía y contable, solo que en este caso y a diferencia de lo que acontece en el área empresarial no financiera, el capital de las entidades financieras es objeto de seguimiento continuado por parte de la autoridad supervisora, a los efectos de garantizar en todo momento su suficiencia o lo que es igual: su adecuación en cualquier momento a la envergadura de las actividades que acometen o abordan las entidades financieras.

Este seguimiento se realiza mediante el control del llamado coeficiente de recursos propios mínimos o de solvencia de las entidades financieras.

### **2.5.1. LA *RATIO* DE SOLVENCIA.**

La *ratio* de solvencia, también llamada “coeficiente de recursos propios”, en cuanto garantía de la financiación de los activos y pasivos contingentes ponderados según riesgo de las entidades de crédito, se nos presenta como uno de los indicadores más significativos de la salud de las entidades financieras; expresa la proporción existente entre los recursos propios y los activos y pasivos contingentes representativos de compromisos con terceros de las entidades financieras, ponderados en función del riesgo que los acompaña. A través del coeficiente de solvencia, la autoridad supervisora se asegura que el capital de las entidades bancarias satisface las funciones que se le atribuyen, esto es: de explotación u operativa, de garantía y contable y que el mismo responde al principio de “capital suficiente”, concepto al que habíamos aludido en el

---

<sup>134</sup> José Álvarez López en la obra por él editada en 1972 “*Análisis de Balances*”, Capítulos XI, XII y XIII, ofrece una amplia visión de la función del capital en las empresas y del necesario equilibrio patrimonial que deben observar estas para desarrollar su actividad.

apartado 2.4 anterior, en el sentido de que dicho capital pueda absorber las pérdidas de la actividad<sup>135</sup>.

En los últimos tiempos y más concretamente a raíz de la crisis iniciada en 2007, que ha sacudido a nivel internacional a todos los sectores económicos, se puede decir que sin excepción, asistimos en el ámbito financiero a una actividad frenética por parte de la autoridad bancaria que se manifiesta, entre otras acciones, en el control continuo de la *ratio* de solvencia de las entidades, imponiendo sucesivos ajustes sobre la misma, en un intento de adaptarla a la realidad de cada momento, para que puedan desenvolver su labor con unos niveles de capital razonables que permitan la concesión de crédito, con el objetivo último de la recuperación de la economía. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados, a día de hoy todavía no se ha alcanzado el ajuste perfecto, por lo que no sería extraño que se produzcan nuevas modificaciones de la *ratio*.

A partir de 1 de enero de 2014, la *ratio* de solvencia en el ámbito de la Unión Europea se exige al 8% sobre las exposiciones totales de la entidad ponderadas por riesgo, aunque es posible mantener un nivel de capital inferior en el periodo transitorio.

En cuanto a los riesgos de los que debe cubrirse una entidad financiera, entre otros, se señalan:

- *Riesgo de crédito*. El riesgo de crédito es el que se produce cuando el deudor no puede atender los compromisos contraídos con la entidad financiera a su vencimiento.

- *Riesgo de contraparte*. Es el riesgo de incumplimiento al que se enfrenta la entidad financiera cuando ha firmado una transacción con un particular y dicho particular llegado el vencimiento de la operación no entrega los valores o títulos comprometidos en la transacción. O el riesgo que tiene que asumir cuando ha concedido un aval a un cliente y este llegado el vencimiento de la operación no paga –riesgo por operaciones fuera de balance–.

---

<sup>135</sup> Las entidades han de estimar las pérdidas esperadas y las inesperadas, asignando los recursos necesarios para cubrirlas. En el primer caso mediante la dotación de provisiones con arreglo a la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito –Anexo IX – y en el segundo a través de la *ratio* de solvencia.

- *Riesgo de liquidez*. Probabilidad de que la entidad financiera no disponga en un momento determinado de recursos líquidos, de tal forma que la misma no pueda hacer frente a sus compromisos de pago a corto plazo.
- *Riesgo de tipo de interés*. La entidad financiera puede verse afectada como consecuencia de la evolución de los tipos de interés de mercado, en relación con los tipos de interés concertados en sus operaciones activas y pasivas.
- *Riesgo de tipo de cambio*. Este tipo de riesgo se puede producir en aquellos casos en que las inversiones o activos y los pasivos del banco estén financiados en una moneda diferente al euro, a causa de la variación del tipo de cambio de la moneda con respecto al euro.
- *Riesgo operativo*. Es aquel al que se enfrenta la entidad como consecuencia de errores humanos, deficiencias en los controles internos, inadecuación o fallos en los procedimientos o sistemas internos que utiliza, acontecimientos externos, incluido el riesgo jurídico, etc., todo ello puede conducir a pérdidas imprevistas. Este tipo de riesgo no incluye ni el riesgo estratégico ni el reputacional.
- *Riesgo de mercado*. El que pueden provocar los movimientos adversos de los precios de los activos, conduciendo en algunos casos a quebrantos cuantiosos.
- *Riesgo legal*. Las pérdidas, en este caso, suelen anudarse a la celebración de contratos documentados de forma inadecuada.
- *Riesgo de robo*. El que se produce por fraude, robo o estafa por parte de clientes, empleados, directivos, administradores, etc.
- *Riesgo de dilución*. Es el riesgo de que el importe del derecho de cobro se reduzca debido a derechos en metálico o en especie a favor del deudor.
- *Riesgo sistémico*. Es el riesgo de perturbación del sistema financiero que puede entrañar perjuicios graves para el sistema financiero y la economía real.

Pues bien, tanto en las operaciones activas acometidas por las entidades de crédito como en los compromisos contraídos a través de pasivos contingentes, están latentes los riesgos a que se ha hecho referencia, riesgos que de consolidarse afectan directamente a la liquidación satisfactoria de las operaciones activas en particular, comprometiendo la posición de la entidad llegado el momento de atender el vencimiento de sus operaciones pasivas y de otros compromisos asumidos, tales como avales, garantías, etc. A estas contingencias hace frente el coeficiente de solvencia, llamado a decir en que medida la cifra de capital de la entidad está financiando sus activos contables, de ahí que la normativa bancaria lo exija a nivel mínimo<sup>136</sup>.

## 2.5.2. NORMAS QUE REGULAN LA *RATIO* DE SOLVENCIA.

### 2.5.2.1. NORMATIVA MARCO INTERNACIONAL.

Las normas que regulan la solvencia de las entidades de crédito, en el contexto de mercados financieros internacionales, han superado las fronteras de los Estados, habida cuenta que las diferencias entre regulaciones nacionales o domésticas pueden crear ventajas y desventajas artificiales en términos de competitividad entre las entidades de los diferentes países. De ahí, surgió la necesidad de lograr una armonización a la hora de elaborar normas para el cálculo de los requerimientos de recursos propios de las entidades financieras y de sentar las bases de su supervisión.

Esta labor armonizadora se desenvuelve por el Comité de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacionales de Basilea -BIS-, institución implicada en el ámbito de la supervisión bancaria, para lo cual desarrolla diferentes tareas con el objetivo último de promover y reforzar las prácticas de supervisión y gestión del riesgo de las entidades financieras a escala mundial; entre dichas tareas se encuentra la elaboración del marco de las normas supervisoras para la suficiencia de capital en bancos de actividad internacional. Dicho marco ha cristalizado en diferentes documentos denominados sucesivamente Acuerdos de Capital de Basilea I, II y III<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> En los artículos 79/87 de la Directiva 2013/36 UE se definen los diferentes tipos de riesgo que pueden darse en la actividad financiera.

<sup>137</sup> El Acuerdo de Capital de Basilea fija unos importes mínimos de capital para hacer frente a los riesgos asumidos por los bancos que desarrollan actividades internacionales, si bien permite a las autoridades nacionales adoptar disposiciones que fijen requerimientos de capital superiores. A estas normas solo están

El Comité está compuesto por representantes de los siguientes países: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

En el estudio del marco normativo internacional, y al objeto de centrarnos en los antecedentes más cercanos diferenciaremos entre dos etapas: Basilea II y Basilea III. Si comparamos los años que separan Basilea I de Basilea II y los que separan Basilea II de Basilea III y asimismo las exigencias de capital propio en cada etapa – prácticamente las mismas en Basilea I que en Basilea II y mucho más exigentes en Basilea III que en Basilea II-, veremos como la influencia de la crisis que arrancó en 2007 ha jugado un papel protagonista en el tránsito de Basilea II a Basilea III. Y ello porque ha sido precisamente la crisis económica la que ha venido a poner de manifiesto que las autoridades supervisoras no habían calibrado en su justa medida los riesgos de las entidades financieras, ya que se ha probado que determinadas entidades financieras estaban insuficientemente capitalizadas. Es por ello, que para elaborar este apartado partimos del año 2008, año en que entró en vigor Basilea II, para continuar hasta Basilea III, cuyas normas se aplican escalonadamente a partir el 1 de enero de 2013<sup>138</sup>, si bien, hemos de indicar que España se anticipó al proceso de Basilea III, exigiendo una mayor dotación de recursos propios a sus entidades financieras a partir de febrero de 2011.

#### A) BASILEA II. Periodo 1 de enero de 2008/ 31 de diciembre de 2012.

Este periodo arranca con el Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea de 2004 – denominado Acuerdo de Basilea II-, que se presentó como una revisión, adaptada al momento que vivía la actividad financiera, del Acuerdo de Capital de Basilea de 1988 – Acuerdo de Basilea II-.

---

obligados aquellos reguladores que se han comprometido a aplicar las directrices del Comité de Basilea – el Banco de España, entre ellos-.

<sup>138</sup> Se prevé que el Acuerdo de Basilea III estará implantado completamente en el año 2019.



En el Informe sobre Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital de junio de 2006, se contiene el marco de cálculo del capital regulador de las entidades financieras que comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2008.

El mencionado Acuerdo de Basilea II estableció -tal y como en su día hiciera el Acuerdo de Basilea I, respecto del riesgo de crédito- un conjunto de normas comunes para el cálculo de los requerimientos de recursos propios necesarios para hacer frente al riesgo con mayúscula, con el objetivo básico de asegurar la igualdad competitiva y la estabilidad del sistema bancario internacional, teniendo muy en cuenta la necesidad de medir y gestionar los diferentes riesgos de las entidades financieras, riesgos que como consecuencia de las nuevas y en ocasiones altamente sofisticadas operaciones que venían realizando dichas entidades demandaban unos procedimientos y sistemas de medición más adecuados a las mismas que los recogidos en el Acuerdo de Capital de Basilea I<sup>139</sup>.

El Acuerdo de Capital de Basilea II descansa en tres pilares que se apoyan mutuamente, representando cada uno de ellos un enfoque diferente del concepto de supervisión. El primer pilar se refiere a la adopción de reglas uniformes y determinación de los requerimientos mínimos de recursos propios, considerando los diferentes tipos de riesgos: de crédito, de mercado y operacional, el segundo pilar dinamiza un sistema de supervisión con el objetivo de fomentar la mejora de la gestión interna de los riesgos de las entidades financieras y el tercer pilar responde al efecto disciplinario que ejerce el examen del mercado, estableciendo la obligación para las entidades de dar publicidad o información al mercado sobre los aspectos clave de su perfil de negocio, exposición al riesgo y formas de gestión de dicho riesgo.

La *ratio* de solvencia, de acuerdo con Basilea II, ascendía al 8% sobre activos y pasivos contingentes ponderados por riesgo. Ello significaba que los activos contables de las entidades financieras debían estar financiados por recursos propios, en una cuantía que representaba, como mínimo, el 8% sobre activos y pasivos contingentes

---

<sup>139</sup> El Acuerdo de Capital de Basilea de 1988, proyectado en principio para el cálculo del coeficiente de solvencia en los grandes bancos internacionales, se impuso como base de la regulación del coeficiente de solvencia de las entidades de crédito en más de 100 países.

ponderados por riesgo y por recursos ajenos, hasta totalizar el valor de los activos. La composición de ese 8% era como sigue:

TIER 1

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| Core Capital <sup>140</sup> | 2% |
| Participaciones Preferentes | 2% |
| TOTAL TIER 1                | 4% |

TIER 2

|                          |    |
|--------------------------|----|
| Financiación Subordinada | 4% |
| TOTAL TIER 2             | 4% |
| RECURSOS PROPIOS         | 8% |

B) BASILEA III<sup>141</sup>. Periodo: a partir de 1 de enero de 2013.

La aplicación de las normas contenidas en Basilea II, como habíamos indicado anteriormente, se han demostrado insuficientes para remontar la crisis financiera que nos acompaña desde el verano del año 2007, de ahí que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, se empleara a fondo en estudiar la manera de fortalecer los requerimientos de capital en vigor, con el foco de atención puesto en lograr la estabilidad financiera y el crecimiento sostenible a largo plazo. Y así fue como, apenas tres años después de la entrada en vigor del Acuerdo de Capital de Basilea II, concretamente el 16 de diciembre de 2010 y el 13 de enero de 2011, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea publicó el texto de las reglas del proceso conocido como Basilea III, a través de los documentos “*A Global regulatory framework for more resilient Banks and banking Systems*”<sup>142</sup> y “*Press Release the Group of Governors and Heads of Supervision*”, centrados en la liquidez y la solvencia de las entidades financieras, al objeto de controlar ambos conceptos considerados de capital importancia en la gestión de la crisis financiera.

---

<sup>140</sup> El “Core Capital” está constituido por el capital más puro de la entidad financiera, esto es el Capital y las Reservas.

<sup>141</sup> Ver el artículo “*Las nuevas medidas de Basilea III*” de Elena Rodríguez de Codes Elorriaga, Banco de España, Estabilidad Financiera, número 19

<sup>142</sup> En junio de 2011, el Comité de Basilea publicó la versión final del documento “*Marco regulador para reforzar los bancos y sistemas bancarios*”, en el que se incluyó una pequeña revisión del documento original en lo que se refiere al riesgo de contraparte.

Los objetivos de Basilea III pueden resumirse en:

- 1) Mayor uniformidad en la definición de los niveles mínimos de capital.
- 2) Mayores exigencias de recursos propios.
- 3) Mayor calidad del capital y de las políticas crediticias<sup>143</sup>.

Para alcanzar estos objetivos, Basilea III se ha servido por un lado, de la introducción del coeficiente de liquidez – que incluye una *ratio* de cobertura de liquidez a corto plazo y una *ratio* de liquidez estructural a largo plazo- y por otro, de la redefinición de los recursos propios computables, tanto en el orden cualitativo como en el cuantitativo; respecto al primero, se ha producido una mejora de la calidad de los recursos propios en comparación con la calidad de los recursos comprendidos en Basilea II, habida cuenta que en Basilea III hay que excluir del cómputo determinados recursos que computaban en Basilea II, ello porque no se ha probado que dichos recursos sean adecuados para absorber pérdidas, que era en definitiva la misión que tenían y respecto del segundo, Basilea III exige un volumen superior de recursos propios mínimos a los exigidos por Basilea II, ya que la crisis había mostrado que el riesgo de determinadas exposiciones –tanto en balance, como fuera de balance- no estaba bien calibrado, lo que llevaba a que el capital que financiaba dicho riesgo fuese inferior al realmente necesario. Nos referimos a exposiciones tales como la cartera de negociación, las titulizaciones de crédito, los vehículos anotados fuera de balance, el riesgo de contraparte de los derivados financieros no contratados en mercados organizados –OTC-, entre otras.

Por ello, para superar estas situaciones, no solo se exigen mayores requerimientos de capital, sino que en paralelo se van a exigir colchones de capital. En realidad las cuestiones referidas a las exigencias mínimas de capital propio no habían soportado prácticamente alteraciones desde la entrada en vigor del Acuerdo de Capital de Basilea I, en julio de 1988.

Otros puntos que centraron la atención de Basilea III fueron: la mejora en la evaluación y gestión de los riesgos asumidos por las entidades financieras, el perfeccionamiento de las normas del proceso supervisor y de la disciplina de mercado,

---

<sup>143</sup> Ver [www.cumbria-fsc.com](http://www.cumbria-fsc.com). En el mismo sentido, [www.bis.org](http://www.bis.org)., Comunicado de Prensa del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, de 12 de septiembre de 2010.

así como la introducción de una ratio de apalancamiento. En etapas anteriores se puso de manifiesto como el supervisor tenía dificultades para revisar los mecanismos internos de control de riesgo utilizados por las entidades, para superar estos problemas era necesario que estos mecanismos internos de control de riesgo, además de medir razonablemente el riesgo, fueran sencillos en su aplicación, así es como en busca de la fórmula de equilibrio se introdujo la *ratio* de apalancamiento.

Asimismo, en el documento publicado el 16 de diciembre de 2010 se abordó el calendario temporal a seguir hasta la plena implantación del Acuerdo de Capital de Basilea III en el sistema financiero, calendario que abarca desde el año 2013, primer año de aplicación del Acuerdo hasta el año 2019, en que previsiblemente habrá culminado el proceso de Basilea III, aunque no está descartado que el proceso vaya más allá del año 2019, concretamente en lo que se refiere a determinados elementos que con arreglo a Basilea II se venían considerando como capital ordinario, pero que con la concepción de Basilea III van a perder tal calificación en base a su escaso potencial para absorber pérdidas. Nos estamos refiriendo, concretamente, a las participaciones preferentes y a la financiación subordinada; para que dichos elementos pudiesen computar como capital en el nuevo marco regulatorio, sería necesario que se operase sobre ellos alguna modificación, concretamente que en sus condiciones de emisión se contemplase expresamente una fórmula en virtud de la cual los tenedores de los títulos, caso de ser necesario, participasen en las pérdidas corrientes o futuras de la entidad emisora o dominante<sup>144</sup>, lo que haría imprescindible que se operen modificaciones en su marco normativo a nivel interno.

Los títulos que no puedan absorber pérdidas –se supone que la mayoría de los emitidos con anterioridad a 20 de febrero de 2011- perderán su cualidad de computables como recursos propios gradualmente, esto es: un 10% por año, de manera que en el año 2022, estos títulos habrán perdido la cualificación que tenían antes de Basilea III. Los plazos de adaptación tienen su razón de ser en facilitar el tránsito de las entidades financieras a Basilea III, habida cuenta que su aplicación inmediata pondría en problemas a las entidades, facilitando la contracción del crédito.

---

<sup>144</sup> Ver “*Basilea III: Nuevo marco para la solvencia de las entidades de crédito*”, de Enrique Martín y Francisco J. Valero, en el número 126, marzo 2011, de la Revista editada por el Colegio de Economistas, bajo el título de “*España 2010. Un Balance*”, páginas 157 y siguientes.

En este área también se ha estudiado la posibilidad de trabajar con instrumentos de capital contingente, a través de títulos que representan deuda en momentos normales, pero que tienen la posibilidad de transformarse en capital en momentos de crisis, se trata de los instrumentos denominados *Co-Cos*, *contingent convertible notes*, emitidos, entre otras entidades, por Lloyds en Reino Unido<sup>145</sup>

La *ratio* de solvencia, cuando se cumpla el calendario previsto para la aplicación completa de los estándares de Basilea III, será del 10,5 %, lo que significa que los activos contables de las entidades financieras deben estar financiados, por recursos propios -capital principal-, en una cuantía igual al 10,50 % sobre activos y pasivos contingentes ponderados por riesgo, la diferencia hasta alcanzar el valor contable de los activos se financia por recursos ajenos. La composición del 10,50 % es como se indica a continuación:

#### TIER 1

|  |          |
|--|----------|
| Capital Principal <i>Common Equity Tier 1</i> <sup>146</sup> | 4,5%     |
| Capital <i>Additional Tier 1</i>                             | 1,5%     |
| TOTAL TIER 1   | 6,0%     |
| TIER 2   | 2,0%     |
| TOTAL CAPITAL  | 8,0 %    |
| Colchón de conservación <sup>147</sup>                       | 2,5 %    |
| TOTAL RECURSOS PROPIOS<br>(Incluido colchón de conservación) | 10,5 %   |
| Colchón Anticíclico <sup>148</sup>                           | 0 - 2,5% |

<sup>145</sup> Ver “*Capitalización, riesgo sistémico y disciplina de mercado*”, de Santiago Fernández de Lis, en el número 128, septiembre de 2011, de la Revista editada por el Colegio de Economistas, bajo el título de “*Crisis: Lecciones y reformas*”, página 34. La entidad citada fue una de las primeras en emitir esta clase de títulos, pero a día de hoy ya se han sumado a este movimiento otras entidades, tal como el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, que emitió en 2013 deuda perpetua convertible eventualmente en acciones.

<sup>146</sup> Capital, Reservas y Beneficios no distribuidos.

<sup>147</sup> Se determinaría de la misma forma para todas las entidades bancarias.

<sup>148</sup> Cada Estado tendría margen de maniobra para su diseño, de acuerdo con la situación del mismo.

Si se comparan estas exigencias con las de Basilea II, se aprecia que el *Equity Common Tier 1* ha pasado del 2 % al 4,5 %, y el *Adittional Tier 1* se ha reducido del 2 % al 1,5 %; si a ello se añaden los colchones de conservación y anticíclico, no cabe duda que Basilea III ha contribuido a mejorar la cifra de recursos propios de las entidades financieras tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo.

A continuación enumeramos los distintos elementos que componen el capital regulatorio, en el marco de Basilea III, exportados al Reglamento UE 575/2013, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, artículo 25 y siguientes.

#### Recursos Propios *Tier 1*.

Este grupo de recursos se estructura a su vez en dos subgrupos:

##### 1. *Common Equity Tier 1*.

En este subgrupo se incluyen:

1. El capital.
2. La prima de emisión de elementos *Common Equity*.
3. Las reservas acumuladas.
4. Otras reservas, tales como ajustes de valoración, incluidas minusvalías y plusvalías de los instrumentos financieros integrados en la “Cartera de Disponible para la Venta”.
5. Intereses minoritarios instrumentados en elementos *Common Equity*, únicamente los correspondientes a filiales consolidadas que sean entidades bancarias y con el límite de los requerimientos mínimos de la filial.

La característica común de los elementos señalados es que todos ellos representan el capital de máxima calidad, identificándose con el escalón más subordinado en el caso de liquidación de las entidades financieras, en suma todos los elementos de este subgrupo son los más idóneos para absorber pérdidas en situaciones

de “empresa en funcionamiento”, que solo pueden recibir retribución cuando la entidad financiera haya retribuido a los demás instrumentos.

Sobre este componente de los recursos propios se aplican normalmente ajustes regulatorios, tales como pérdidas del ejercicio, activos intangibles, entre otros.

## 2. *Adittional Tier 1.*

Este subgrupo está constituido por los instrumentos de deuda, emitidos a perpetuidad, con cláusula de conversión obligatoria o cancelación y con pago de dividendos discrecionales o cupones no acumulativos, entre ellos:

1. Bonos o participaciones preferentes perpetuas con cláusula de conversión o cancelación y con pago de dividendos discrecionales o cupones no acumulativos. Estos instrumentos también se denominan “capital contingente”.
2. Prima de emisión de los instrumentos señalados en el número anterior.
3. Intereses minoritarios en instrumentos *Tier 1* distintos de los computados en *Common Equity*, con el límite de los requerimientos mínimos de *Tier 1* de la subsidiaria.

Para que los instrumentos citados puedan computar como *Adittional Tier 1* deben reunir las siguientes características: i) subordinación a los derechos de los depositantes, a los de los acreedores generales y a la deuda subordinada, ii) reciben dividendos o cupones, solo si existen elementos distribuibles, iii) deben ser emitidos a perpetuidad y sin posibilidad de ser amortizados –no obstante, transcurridos 5 años desde su emisión y previa autorización del Órgano supervisor, podrían ser cancelados- iv) entre sus condiciones de emisión deben figurar cláusulas que requieran su conversión en *common equity* cuando se produzca un “supuesto contingente” o su cancelación en caso de que la entidad llegase al “punto de no viabilidad”.

Un “supuesto contingente” se da en el momento en que la *ratio core tier 1* disminuya por debajo del 7%<sup>149</sup>. Por lo que se refiere al “punto de no viabilidad” este se desencadena cuando la autoridad competente considere que la actividad de la entidad

---

<sup>149</sup> La *ratio core tier 1* incluye, cuando se aplique, el colchón de conservación, que se exigirá al 2,5%. En el Reglamento UE 575/2013, se entiende que se produce un supuesto contingente cuando la *ratio* de capital nivel 1 ordinario disminuya por debajo del 5,125%, artículo 54.

financiera no es viable si no se produce la conversión de valores en capital o si no se produce una inyección de capital público u otro tipo de ayuda de Estado.

#### Recursos Propios *Tier 2*.

En este bloque se integran los instrumentos de deuda capaces de absorber pérdidas en casos de insolvencia, liquidación y no viabilidad, esto es instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles. Entre ellos se encuentran:

1. Bonos y participaciones preferentes con cláusula de conversión o cancelación.
2. Prima de emisión correspondiente a los instrumentos aludidos en el número anterior.
3. Intereses minoritarios correspondientes a estos instrumentos.
4. La provisión genérica –método estándar- o el exceso de provisiones contables sobre la pérdida esperada según la base de ratios internos –IRB *Internal Rating Based*- computará como *Tier 2*, con los límites máximos del 1,25% sobre los activos ponderados por riesgo en el método estándar y del 0,6% sobre los activos ponderados por riesgo según la base de ratios internos<sup>150</sup>.

Este grupo está compuesto por las participaciones preferentes y las acciones sin voto que no pueden computar como Tier 1, así como por la deuda perpetua y subordinada con vencimiento superior a 5 años. Estas últimas, están sujeta a unas determinadas condiciones de devolución a los prestamistas, en situaciones de suspensión de pagos y de quiebras de las entidades financieras, que hacen que los recursos estén, desde este punto de vista, mucho más próximos al capital propio que a los recursos ajenos. De hecho, se sitúan en la cadena de pagos en el eslabón inmediatamente anterior a las “participaciones preferentes”, lo que significa que su devolución se atiende una vez que se ha hecho frente a todos los recursos ajenos, digamos ordinarios, empleando este calificativo en el sentido de que tales recursos no se encuentran acompañados de ninguna cláusula que les otorgue alguna especialidad en las situaciones comprometidas que pueden darse en el devenir de la actividad bancaria y a las que se ha hecho referencia anteriormente.

---

<sup>150</sup> Las provisiones exactas o correctas se restan en su totalidad del *Common Equity Tier 1*.



## B.1) CALENDARIO DE TRANSITO HACIA BASILEA III.

Las previsiones respecto de los requerimientos mínimos de capital propio contenidas en el calendario diseñado por Basilea III, se aplican desde 1 de enero de 2013, debiendo alcanzarse los niveles máximos de capital en el año 2019.

Para ello, las medidas previstas en Basilea III debían estar implantadas a nivel interno por los Estados antes de la fecha de primera aplicación, de ahí que los mismos hayan acometido y acometerán las reformas necesarias para ello en su legislación interna. En cuanto a los años que componen el periodo de tránsito, los mismos se justifican en orden a evitar movimientos pendulares en la actividad de las entidades financieras que de alguna manera puedan perturbar los mercados financieros, tan sensible a cualquier acontecimiento o previsión o rumor de acontecimiento.

| AÑOS                               | 2013 | 2014 | 2015 | 2016  | 2017  | 2018  | 2019   |
|------------------------------------|------|------|------|-------|-------|-------|--------|
| Capital Ordinario                  | 3,5  | 4    | 4,5  | 4,5   | 4,5   | 4,5   | 4,5    |
| TIER 1                             | 4,5  | 5,5  | 6    | 6     | 6     | 6     | 6      |
| Capital Total                      | 8    | 8    | 8    | 8     | 8     | 8     | 8      |
| Colchón de Conservación de Capital |      |      |      | 0,625 | 1,250 | 1,875 | 2,500  |
| Capital total + colchón Conserv.   | 8    | 8    | 8    | 8,625 | 9,250 | 9,875 | 10,500 |
| Rango Colchón Anticíclico 0 - 2,5% |      |      |      | x     | x     | x     | x      |

El coeficiente previsto para el colchón de conservación de capital gira sobre los mismos parámetros que los recursos propios, esto es, sobre activos y pasivos contingentes de la entidad ponderados por riesgos.

El colchón anticíclico, es una extensión del colchón de conservación, que sigue el mismo calendario; se trata de una medida que se activará a discreción de los reguladores y supervisores nacionales, cuando sea necesario salir de una situación cíclica. Por ejemplo: en caso de crecimiento excesivo del crédito en una determinada jurisdicción. El rango de este coeficiente se sitúa entre 0% y 2,5% sobre los activos y pasivos contingentes de la entidad ponderados por riesgos.

Esta medida dada su naturaleza no se empleará, obviamente, cuando el crecimiento del crédito siga una tendencia moderada.

El incumplimiento por parte de las entidades financieras de los requerimientos de capital tiene diferentes consecuencias, según estemos ante incumplimientos de capital, que pueden ser objeto de sanción por parte del supervisor o ante incumplimientos del nivel de los diferentes colchones, que acarrearán restricciones a la distribución de beneficios y/o al pago de *bonus*.

## B.2) OTRAS MEDIDAS ADOPTADAS POR BASILEA III.

Las medidas anteriores, cuyo objetivo no es otro que mejorar la *ratio* de solvencia, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, se complementan con las siguientes:

### 1. *RATIO* DE COBERTURA DE LIQUIDEZ.

La *ratio* de cobertura de liquidez garantiza que las entidades financieras puedan encarar sus obligaciones de pago en cualquier momento, incluso en aquellos en que por diversas circunstancias dichas entidades se vean abocadas a la venta apresurada de sus activos, convirtiendo pérdidas potenciales en pérdidas reales. Se señala que en pleno periodo de crisis financiera no se había evaluado de manera eficiente este tipo de riesgo en las entidades, en tanto que se había probado como las variaciones en las condiciones de los mercados habían agotado la liquidez del sistema financiero, instalándose en su lugar una situación de iliquidez mantenida. Con el objetivo último de gestionar y supervisar adecuadamente el riesgo de liquidez, el Comité de Basilea ha introducido dos estándares mínimos para la liquidez de financiación, cada uno de ellos pretende una meta diferente, pero ambos se complementan.

#### a) *Ratio* de cobertura de liquidez a corto plazo.

Lo que se pretende con la exigencia de la *ratio* de cobertura de liquidez a corto plazo es garantizar que una entidad financiera mantenga un nivel suficiente de activos líquidos de alta calidad y libres de cargas que puedan ser transformados en efectivo para

satisfacer sus necesidades de liquidez durante un horizonte de 30 días naturales, en un escenario de tensiones de liquidez considerablemente graves especificado por los supervisores. La norma desarrollada por el Comité a este respecto cuantifica el coeficiente por la fracción:

“Fondos de activos líquidos de alta calidad” / “Salidas de efectivo neto totales durante los siguientes 30 días naturales”<sup>151</sup>.

La buena salud de la entidad en esta parcela exige que el valor del coeficiente no sea inferior a 100, única manera de que el fondo de activos de alta calidad garantice o haga posible el cumplimiento de las obligaciones de efectivo.

b) *Ratio* de financiación estable neta.

El horizonte temporal de este coeficiente es más amplio que el que veíamos en el apartado a) anterior, abarca un año, y lo que persigue es garantizar que los activos a largo plazo de la entidad financiera se financien con un mínimo de pasivos estables en consonancia con sus niveles de riesgo de liquidez, es decir se pretende que haya una cierta homogeneidad en los plazos de realización de los activos y en los de atención de los pasivos que los financian. Asimismo se pretende llegar a una evaluación más precisa del riesgo de liquidez, tanto de las partidas que componen el balance, como de las partidas que se sitúan fuera de balance.

La fracción que determina el coeficiente de la *ratio* es:

“Cantidad de financiación estable disponible”/ “Cantidad de financiación estable requerida”

El cociente, como en el caso anterior, debe ser superior a 100. En cuanto al término financiación estable, el mismo se define como “la proporción de esos tipos e

---

<sup>151</sup> Ver el documento “Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez”, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, de diciembre de 2010, página 29, donde aparecen definidos todos los parámetros que intervienen en el numerador y en el denominador de la fracción. El BIS ha revisado las características que deben reunir los activos líquidos y el concepto de salidas netas, los resultados de esta revisión se han plasmado en un documento que se ha publicado el 6 de enero de 2013, en el que se incluye un sumario donde aparecen las ponderaciones que han de darse a los activos, a los efectos de calcular la *ratio* de cobertura de liquidez.

*importes de recursos propios y ajenos que cabe esperar que sean fuentes fiables de financiación durante un horizonte temporal de un año en condiciones de tensión prolongada”*

Las previsiones del calendario de Basilea III, en relación con esta área, se concretan en tres etapas:

- 1ª) Ejercicio 2011 / Ejercicio 2014. Periodo de observaciones.
- 2ª) Ejercicio 2015 / Ejercicio 2017. Se implantará la *ratio* de liquidez a corto plazo, en su nivel mínimo.
- 3ª) Ejercicio 2018 / en adelante. Se implantará la *ratio* de financiación estable neta o de liquidez estructural.

Como consecuencia de la revisión de la *ratio* y en particular de los conceptos que conforman las fracciones realizada por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, cuyos resultados se llevaron al documento “*Basilea III, The Liquidity Coverage Ratio and liquidity risk monitoring tools*”, publicado el 6 de enero de 2013, el calendario y el coeficiente de la *ratio* de liquidez a corto plazo quedan en la forma siguiente:

|   |      |
|---|------|
| Ejercicio 2015. Fecha de inicio, exigiéndose al | 60%  |
| Ejercicio 2016.                                 | 70%  |
| Ejercicio 2017.                                 | 80%  |
| Ejercicio 2018.                                 | 90%  |
| Ejercicio 2019.                                 | 100% |

## 2. *RATIO* DE APALANCAMIENTO.

En el año 2010, se inició el diseño provisional de esta medida, que tiene por objetivo limitar el apalancamiento excesivo del sistema bancario, estando previsto su diseño definitivo para el ejercicio 2017, de forma que entre en vigor como requerimiento mínimo en el año 2018.

La *ratio* de apalancamiento viene dada por la fracción:

Capital *Tier 1* / Exposición total de la entidad más ciertas posiciones fuera de Balance

Por lo que se refiere al Capital *Tier 1*, esta masa incluye el *Common Equity* – también denominado capital principal, capital predominante o capital básico- y el Capital Adicional, dentro de este se incluyen los instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles<sup>152</sup>, cualidad que los hace aptos para absorber pérdidas en el desarrollo de la actividad normal de la entidad financiera, tal y como lo hace el principal. Para poder cumplir este cometido los instrumentos de deuda han de reunir determinadas características, tales como: subordinación, cupón no acumulativo y discrecional sin vencimiento, ni ofrecer incentivos para su rescate.

En cuanto al denominador de la fracción, se entiende por exposición toda partida del activo de la entidad, así como toda partida incluida en cuentas de orden que incorpore riesgo de crédito y que no haya sido deducida de los recursos propios<sup>153</sup>. La exposición total de la entidad no viene afectada por el parámetro del riesgo, esto es, partimos de anotaciones contables, por tanto la ratio reduce el impacto negativo de una incorrecta valoración de los riesgos y contribuye a evitar que la entidad asigne en su ratio de solvencia una cuantía de capital inferior a la necesaria.

La *ratio* se aplicará a partir del año 2015, estando en principio previsto que durante el periodo de prueba ascienda al 3% del Capital *Tier 1*. De acuerdo con los resultados obtenidos en el periodo de prueba, en el primer semestre de 2017, se realizarán los ajustes que se estimen pertinentes con la vista puesta en la implantación definitiva de la *ratio* en 2018<sup>154</sup>.

Esta medida ya venía aplicándose en Estados Unidos y Canadá y al parecer, este ha sido el motivo por cual la crisis financiera ha afectado en menor medida a las entidades de estos Estados que a las de otros; recientemente Suiza ha exigido la *ratio* de apalancamiento a sus entidades, porque se demostró que las dos entidades financieras más importantes de Suiza se han visto fuertemente afectadas por la crisis financiera, aún a pesar de que sus niveles de fondos propios eran muy elevados. No cabe duda que la

---

<sup>152</sup> Se trata de instrumentos de deuda que en situaciones comprometidas para la entidad financiera se convierten en instrumentos de capital en igualdad de condiciones, a todos los efectos, que el capital emitido. En los Balances de las entidades financieras aparecen en la rúbrica denominada “Pasivos emitidos con naturaleza de Capital.”. Ver *Contingent Convertible Notes* en páginas anteriores.

<sup>153</sup> Ver página 17 del artículo “*Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital*”, de Elena Rodríguez de Codes Elorriaga, en la que se explicitan las diferentes partidas que integran el denominador de la fracción

<sup>154</sup> Comunicado de Prensa del Comité de Basilea, de 12 de septiembre de 2010.

experiencia de estos Estados puede ser muy útil a la hora de implementar la medida en los que no la habían aplicado anteriormente.

Una vez hecha esta breve descripción de las medidas que componen Basilea III, concluimos indicando que llevará tiempo perfilar determinados conceptos, eso sin contar que dado el número de años que va a consumir el tránsito a Basilea III, es muy posible que la manera en que evolucione la crisis económica, durante estos años, afecte de algún modo a los mismos, aconsejando rectificaciones sobre la base original, como ya ha ocurrido respecto de la *ratio* de cobertura de liquidez.

#### 2.5.2.2. NORMATIVA COMUNITARIA.

La normativa bancaria comunitaria ha adoptado las pautas de Basilea II y Basilea III a través de las Directivas que señalamos a continuación.

##### A) BASILEA II.

Como tuvimos oportunidad de comentar en líneas anteriores, la actividad financiera es una actividad armonizada a nivel europeo a través de diferentes Directivas, a las que ya nos hemos referido, y de las que destacamos, entre otras, la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. A través de estas Directivas se incorporó al ámbito comunitario el Acuerdo de Capital de Basilea II<sup>155</sup>.

##### B) BASILEA III.

La exportación de Basilea III al ámbito comunitario no ha sido tarea fácil, como lo prueban las sucesivas modificaciones operadas en las Directivas, consecuencia de los resultados obtenidos en las pruebas de resistencia o estrés realizadas a las entidades

---

<sup>155</sup> Los Estados miembros aplicaron determinadas disposiciones de las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE a partir de 1 de enero de 2007 y otras, relacionadas con ciertos instrumentos de medición de riesgos, a partir de 1 de enero de 2008.

financieras, algunas de las cuales han precisado de rescate. Para facilitar la lectura de este apartado se diferencian las sucesivas etapas que ha consumido el proceso de adaptación de Basilea III.

Primera.- Las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE fueron objeto de modificaciones con el fin de adaptarlas a los nuevos requisitos del Acuerdo de Capital de Basilea III. A tales efectos, la Directiva 2006/48/CE ha sido modificada por las Directivas 2007/18/CE, de 27 de marzo, en lo que atañe a la exclusión o inclusión de determinadas entidades de su ámbito de aplicación, así como al tratamiento de los riesgos frente a los bancos multilaterales de desarrollo y 2009/83/CE, de 27 de julio, en lo que respecta a las disposiciones técnicas relativas a la gestión de riesgos, en tanto que la Directiva 2006/49/CE, lo ha sido por la Directiva 2009/27/CE de la Comisión, de 7 de abril, en lo que se refiere a las disposiciones técnicas relativas a la gestión de riesgos y por la Directiva 2009/111/CE, de 16 de diciembre, en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

Segunda.- La Autoridad Bancaria Europea –EBA, siglas de su denominación en inglés<sup>156</sup> - mediante la Recomendación (EBA/REC/2011/1), de 8 de diciembre, adoptada por la Junta de Supervisores, apartados 1 y 2 *“recomendó a las autoridades competentes que se asegurasen de que las entidades financieras constituyeran un colchón hasta alcanzar a 30 de junio de 2012 una ratio Core Tier 1 del 9% sobre sus activos ponderados por riesgo”*<sup>157</sup>. Los elementos del capital debían ser los contenidos en los futuros Directiva y Reglamento sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito; dicha medida debería mantenerse hasta que la Recomendación fuese derogada, modificada o anulada.

Tercera.- El 27 de junio de 2013 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se

---

<sup>156</sup> En la letra C) siguiente se describen brevemente la creación y funciones de la EBA.

<sup>157</sup> La Recomendación recoge en su Anexo I el listado de autoridades competentes y en el Anexo II el de las entidades financieras afectadas por la misma. Por lo que se refiere a España en el listado de entidades se incluyen Banco Santander, SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, BFA Bankia y Banco Popular Español, SA.

modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE<sup>158</sup> y el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012. Ambos instrumentos trataron de poner al día la legislación referida a entidades de crédito y sociedades de inversión, de una manera ordenada, clara y sistemática, dadas las sucesivas modificaciones de que habían sido objeto las Directivas aludidas, y así está dicho en los números (4) y (5) del Preámbulo del Reglamento, concretamente el número (5) nos indica: *“La Directiva 2013/36/UE y el presente Reglamento deben constituir conjuntamente el marco jurídico que regule el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (en lo sucesivo denominadas, “entidades”). Por ello el presente Reglamento debe leerse en relación con dicha Directiva”*.

Cuarta.- La EBA mediante la Recomendación (EBA/REC/2013/03), de 22 de julio, sobre el mantenimiento del capital *Core Tier 1* (CT1) durante el periodo de transición al marco de la Directiva de Requisitos de Capital y el Reglamento de Requisitos de Capital, recomendó a través de su apartado 2 a *“las autoridades competentes que se asegurasen de que las entidades de crédito mantuvieran un nivel mínimo de capital CT1, según se define en la Recomendación EBA/REC/2011/1, denominado en su moneda de referencia que se correspondiese con el importe de capital necesario a 30 de junio de 2012 para satisfacer los requisitos establecidos en la Recomendación EBA/REC/2011/1”*<sup>159</sup>. Esta cautela, que se aplica desde 22 de julio de 2013<sup>160</sup>, se toma porque durante el periodo transitorio los requerimientos de capital exigidos, en ocasiones, podrían ser menores de los que se requirieron a las entidades a 30 de junio de 2012.

Como se deduce la EBA modifica las exigencias de capital mínimo a requerimiento de los acontecimientos y de las respuestas de los mercados a dichos

---

<sup>158</sup> Ambas Directivas se derogaron con efectos de 1 de enero de 2014.

<sup>159</sup> Las entidades afectadas por la Recomendación son Banco Santander, SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona y Banco Popular Español, SA.

<sup>160</sup> La Recomendación 2013/03 ha revocado la Recomendación 2011/1, a partir de 22 de julio de 2012, excepto a los efectos de la aplicación del apartado 2 – se fijaba el capital mínimo en el 9%- . Como consecuencia de la necesidad de ajustar en tiempo real la *ratio* de solvencia, está prevista, según el apartado 7 de la Recomendación 2013/03, su revisión a su debido tiempo y en cualquier caso antes de 31 de diciembre de 2014.



acontecimientos, con el fin de que la actividad de las entidades financieras no perturbe la economía más allá de lo deseable.

A su vez, los Estados miembros de la Unión Europea han realizado las modificaciones necesarias para trasponer en su norma interna las disposiciones de la Directiva 2013/36/UE y del Reglamento (UE) 575/2013, norma que entró en vigor, según estaba previsto, el 1 de enero de 2014.

Quinta.- La publicación del Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que regula las tareas específicas encomendadas al Banco Central Europeo respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, en el marco del Mecanismo Único de Supervisión, desarrollando a lo largo de su articulado tanto las funciones de supervisión e investigación, como las de política monetaria, funciones que deberá desempeñar con total independencia y separación. En cuanto a las primeras, está previsto que el Banco Central Europeo, como muy tarde, a partir del 4 de noviembre de 2014 supervise los 6.000 bancos situados en la zona euro en el marco del Mecanismo Único de Supervisión<sup>161</sup>.

Por lo que se refiere a los requerimientos de recursos propios, la Directiva 2013/36 UE y el Reglamento (UE) 575/2013 siguen el marco previsto en Basilea III, a través de los artículos que se mencionan a continuación:

De acuerdo con el artículo 92 del Reglamento, la *ratio* de solvencia de las entidades financieras ha de tener la siguiente composición:

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| - Capital nivel 1 ordinario | 4,5% |
| - Capital nivel 1 adicional | 1,5% |
| - Total Capital nivel 1     | 6,0% |
| - Capital nivel 2           | 2,0% |
| - <i>Ratio</i> Total        | 8,0% |

Y además los colchones de conservación que se indican que, previsiblemente de acuerdo con el calendario de Basilea III, comenzarán a exigirse a partir de 2016:

1. Colchón de conservación: 2,5% sobre Capital ordinario nivel 1. Art. 129 Directiva.

---

<sup>161</sup> Artículos 4, 9, 25 y 33.2.

2. Colchón para riesgos sistémicos: Mínimo 1% sobre Capital ordinario nivel 1. Art. 133 Directiva<sup>162</sup>.

3. Colchón anticíclico: Entre el 0% y el 2,5% del importe total de exposiciones al riesgo. Arts. 130 y 136 Directiva.

Este esquema se completa con las *ratios* de liquidez y de apalancamiento.

Para que el tránsito a los requerimientos de capital previstos en la Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) 575/2013 no sea traumático, está previsto que las entidades puedan aplicar un régimen de transición, contenido en el artículo 465 del Reglamento (UE) 575/2013, que permite que las entidades financieras, entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, pueden cumplir la *ratio* de solvencia según los intervalos siguientes:

- *Ratio* de Capital nivel 1 ordinario.- Comprendida en un intervalo del 4% al 4,5%.
- *Ratio* de Capital nivel 1.- Comprendida en un intervalo del 5,5% al 6,0%.

Si bien, como se indicó anteriormente, las entidades a las que se refiere la Recomendación (EBA/REC/2013/03), desde 22 de julio de 2013, no pueden tener una cifra de recursos propios inferior en términos absolutos a la que tenían a 30 de junio de 2012, aún cuando sus cálculos de acuerdo con el artículo 465 del Reglamento (UE) 575/2013, arrojasen una cifra inferior.

En cuanto a los elementos que componen cada uno de los tramos, instrumentos de capital emitidos por la entidad, primas de emisión, reservas y préstamos subordinados –solo válidos para formar el Capital nivel 2-, los artículos 25 y siguientes del Reglamento establecen los requisitos que deben cumplir las emisiones de los diferentes instrumentos para que los mismos sean aptos para formar los diferentes tramos.

---

<sup>162</sup> Se exigirá a las entidades de importancia sistémica mundial y a las entidades de importancia sistémica; la inclusión de las entidades en uno u otro grupo se realizará por la autoridad encargada de ello en cada uno de los Estados miembros.

### C) AUTORIDAD EUROPEA DE SUPERVISIÓN.

La EBA se constituyó por el Reglamento 1093/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010<sup>163</sup>, desarrollando sus funciones a partir de 1 de enero de 2011. Este organismo, con sede en Londres, tiene como principal objetivo, tal y como se desprende del artículo 5 del Reglamento citado, *“proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas”* y para ello asumió todas las tareas y responsabilidades del Comité de Supervisores Bancarios Europeos con el compromiso de elaborar un código normativo único y de reforzar la convergencia de las prácticas supervisoras de la Unión en su conjunto<sup>164</sup>. La EBA contribuye a mejorar el funcionamiento del mercado interior, salvaguardar los valores públicos, tales como la estabilidad del sistema financiero, la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados y de los productos financieros y la protección de los inversores y depositantes, prevenir al arbitraje regulatorio, garantizar el principio de igualdad de condiciones, entre otras funciones<sup>165</sup>.

La actuación de la EBA, en opinión de determinadas fuentes, ha de orientarse a la resolución de la crisis, partiendo del hecho de que la crisis que atraviesa la economía, en general, y el sector financiero, en particular, tiene sus raíces más en un problema de supervisión que de regulación, por lo que dadas las escasas posibilidades que se vislumbran para su superación, el foco de atención debe dirigirse a la restauración de la estabilidad y la recuperación de la confianza en los mercados financieros.

Entre las actividades realizadas por la EBA, se citan: 1) La elaboración de un nuevo marco legal europeo de supervisión financiera, que se aplica desde 1 de enero de 2011. 2) La elaboración de las Recomendaciones mencionadas en la letra B), anterior, cuyo objetivo no era otro que asegurarse de que las entidades financieras autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea acoplasen su cifra de *Common Equity Tier 1*, a todos los riesgos asumidos y en especial a los riesgos de las exposiciones de deuda

---

<sup>163</sup> El Reglamento entró en vigor el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea -15 de diciembre de 2010-.

<sup>164</sup> La Directiva 2013/36, Preámbulo (10), se refiere a la EBA en estos mismos términos.

<sup>165</sup> [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu)

soberana y de que los niveles de capital exigidos se mantuvieran durante el periodo transitorio.

#### D) UNIÓN BANCARIA EUROPEA.

Todos los trabajos de la Comisión Europea, desde que en 2008 se hiciera visible la crisis financiera, han ido dirigidos a la creación de un sector financiero único europeo más seguro y mejor capitalizado que el existente a esta fecha, materializándose dichos trabajos en la elaboración de un marco regulatorio común para todas las entidades financieras, en el que se incluyen las normas citadas en la letra B) anterior. A estas normas que ya se aplican, se unen las mencionadas más abajo que se aplicarán, en diferentes fases, a partir de 1 de enero de 2015; todas ellas constituyen el fundamento de la Unión Bancaria, cuyo objetivo último es conseguir la unión económica y monetaria de la Unión Europea que garantizar, a través del Mecanismo Único de Resolución, que en el futuro la factura provocada por la quiebra de los bancos se asuma por los accionistas y no por los contribuyentes, como ha ocurrido en ciertos casos.

La Unión Bancaria pretende que las entidades financieras de Estados de la zona euro traspasen su dimensión nacional, rompiendo el vínculo con su Estado soberano y con la solvencia del mismo; cuando la Unión Bancaria esté en marcha, los bancos serán todos bancos europeos, cumplirán los mismos estándares de solvencia, se someterán a la disciplina de un supervisor único y a las normas emanadas de la misma autoridad. Todo ello redundará en una mejora de la gestión de las entidades financieras que conducirá a incrementar la oferta de préstamos, a eliminar el arbitraje entre bancos y en definitiva a la reactivación de la economía, lo que conlleva sin duda la creación de empleo.

La Unión Bancaria se sustenta en tres pilares: 1) El Mecanismo Único de Resolución Bancaria (SRM), 2) La Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento

Europeo y del Consejo (BRRD)<sup>166</sup> y 3) La Directiva 2014/49 /UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativa a Sistemas de Garantías de Depósitos (DGS)<sup>167</sup>.

### 2.5.2.3. NORMATIVA INTERNA.

España no ha permanecido al margen de los avatares que han sacudido a la economía en general, de manera que ha tenido que dar respuesta a los mismos tomando las decisiones correspondientes; así en el ámbito financiero también en nuestra normativa interna pueden diferenciarse los periodos Basilea II y Basilea III, pero como indicábamos anteriormente, España se ha anticipado a Basilea III, exigiendo a sus entidades financieras desde el día 9 de marzo de 2011 los requerimientos de capital propio previstos en el Acuerdo de Basilea III, requerimientos que volvieron a modificarse con efectos de 31 de diciembre de 2012, como consecuencia de la Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2012, dirigida a España sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera, que llevó a la firma del Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera en Bruselas y en Madrid el 23 de julio de 2012 –BOE 10 de diciembre de 2012-.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado V del Memorando “*Garantía de un marco sólido para el sector bancario: condicionalidad horizontal*”, número 23, las entidades de crédito españolas deberían cumplir, a 31 de diciembre de 2012 y al menos hasta finales de 2014 un coeficiente de capital común de primer nivel o capital principal, como mínimo, del 9% de los activos y pasivos ponderados según riesgo<sup>168</sup>. Por otra parte, desde 1 de enero de 2013, las entidades deberían ajustar la definición de capital a la establecida en el “Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión”. Consecuencia de esto, fue la modificación que se produjo en el artículo 1º.

---

<sup>166</sup> La Directiva debe estar transpuesta a normativa interna antes de 31 de diciembre de 2014, con vistas a su aplicación el 1 de enero de 2015. La Directiva establece el marco por el que han de transitar los controles de viabilidad de las entidades financieras y la manera de conducirse antes casos en los que no sea posible el retorno a la normalidad; no obstante los Estados, cuando materialicen la transposición, pueden adoptar normas más severas y rígidas que las contempladas en la Directiva.

<sup>167</sup> La transposición a normativa interna de la Directiva está prevista en dos etapas, todas las disposiciones, salvo el artículo 8, apartado 4, deberán estar implementadas, como muy tarde el 3 de julio de 2015, y el artículo y apartado citados, como muy tarde, el 31 de mayo de 2016.

<sup>168</sup> Nivel establecido en el artículo 1, apartado 4 de la Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2012.

del Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, a través de la Disposición Final Séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre<sup>169</sup>, recogiendo su apartado 1 la obligación para las entidades financieras de disponer de un capital principal del 9% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con la normativa general sobre recursos propios prevista en la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

España ha traspuesto a la normativa interna las disposiciones previstas en la Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) 575/2013, a través del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre y de la Circular 2/2014, de 31 de enero<sup>170</sup>. Asimismo, las entidades financieras afectadas han seguido las Recomendaciones EBA/REC/2011/01 y EBA/REC/2013/03. Este proceso se entiende finalizado con la publicación del Reglamento (UE) 1024/2013, de 15 de octubre y de la Ley 10/2014, de 26 de junio, en cuyo Preámbulo se indica: *“La estructura del texto debe explicarse partiendo de su imbricación con el Reglamento (UE) n° 575/2013, de 26 de junio, de su vocación de transposición de la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, y de las disposiciones nacionales actualmente en vigor que es preciso refundir”*. Ciertamente, en el momento actual, la normativa financiera se encontraba en una situación de fragmentación y dispersión tal, que unida a las modificaciones sobrevenidas en los últimos tiempos, demandaba sin la menor duda una recopilación sistemática de la misma.

Enlazando lo anterior con lo reseñado en el apartado 2.4 de este Capítulo “El Capital y sus funciones”, se puede concluir señalando que en materia de capitalización, las entidades financieras ha de pasar un doble filtro: al iniciar su actividad - 18.000.000 euros- y de manera continua durante toda la vida de la entidad -respetando la *ratio* de solvencia-, que a día de hoy y de acuerdo con lo anteriormente indicado asciende al 8% de los activos y pasivos contingentes ponderados según riesgo.

Llegados a este punto, se destaca el papel del Banco de España como Órgano supervisor de la actividad de las entidades financieras que abarca tanto la parcela de la solvencia como la de la liquidez.

---

<sup>169</sup> El artículo, en principio, había sido modificado por el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, pero dado que el mismo fue derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, finalmente se recogieron en dicha Ley las modificaciones pertinentes.

<sup>170</sup> Estas normas regulan las opciones que el Reglamento dejaba a criterio de la autoridad nacional.

En cuanto a la primera, aunque el marco regulador de la solvencia se encuentra localizado en el Reglamento (UE) nº 575/2013, la Ley 10/2014, artículos 50 y siguientes de la misma recoge las disposiciones en la materia que deben mantenerse a nivel nacional, ya que es el Órgano supervisor nacional, en su condición tradicional de autoridad supervisora de las entidades de crédito autorizadas en España, el que ha de vigilar que la *ratio* de solvencia de éstas no descienda del nivel establecido por la normativa vigente en cada momento. De acuerdo con ello, las entidades han de rendir la información relativa al cumplimiento de la *ratio* de solvencia ante el Banco de España, con frecuencia anual, semestral o trimestral, dependiendo de la información que deba recoger el estado de riesgos en concreto. Las competencias supervisoras del Banco de España se ejercen en estrecha colaboración y cooperación con el Banco Central Europeo, sin perjuicio de las competencias directamente atribuidas a éste último, por el Reglamento (UE) 1024/2013, que le asigna, entre otras, tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. La Ley 10/2014, haciéndose eco de que las entidades financieras trabajan en un entorno globalizado e integrado en el área de la Unión Europea, a los efectos de que el Banco de España pueda cumplir la tarea que se la ha encomendado en el marco del Mecanismo Único de Supervisión Europeo<sup>171</sup>, regula asimismo en los artículos aludidos las relaciones del Banco de España con otras autoridades supervisoras y con la Autoridad Bancaria Europea<sup>172</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda –artículo 42 de la Ley 10/2014–, el Banco de España verifica que las entidades puedan atender la demanda de liquidez de sus clientes en cualquier momento y a tales efectos, las entidades financieras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2 del Reglamento (CE) 1745/2003, del Banco Central Europeo (BCE), según modificación operada por el Reglamento (CE) 1358/2011, (BCE), de 14 de diciembre de 2011, tienen la obligación de satisfacer el denominado coeficiente de reservas mínimas o coeficiente de caja, para lo cual han de depositar, bien en cuentas del Banco Central Europeo o del Banco de España una

---

<sup>171</sup> La Ley 10/2014, alude expresamente a la “integración del Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión”, Disposición Adicional Decimosexta.

<sup>172</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/2014, las competencias supervisoras del Banco de España aparecían regladas en el artículo 43 bis de la Ley 26/1988.

cantidad igual al 1 por 100 de los depósitos tomados a clientes<sup>173</sup>. El coeficiente de reservas mínimas es un instrumento de política monetaria, en virtud del cual se controla la liquidez del sistema bancario, liquidez que se verá reforzada cuando las entidades financieras satisfagan la *ratio* de liquidez que impone Basilea III. El Banco de España vigila el cumplimiento de este coeficiente y en el futuro también velará por el cumplimiento de la *ratio* de liquidez.

Con la imposición de estas servidumbres se persigue mejorar la actuación de las entidades financieras cara al cumplimiento de sus compromisos y garantizar el ahorro de los impositores<sup>174</sup>.

A continuación nos referimos, siquiera brevemente, a los periodos de Basilea II y Basilea III.

A) BASILEA II. Periodo 1 de enero de 2008/ 9 de marzo de 2011.

La materia relativa a la *ratio* de solvencia de las entidades financieras o cumplimiento de recursos propios de las mismas se regula por la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero, modificada por la Ley 36/2007, de 16 de noviembre. Ambas normas constituyen la transposición parcial al ordenamiento español de la Directiva 2006/48/CE. A su vez la Ley 36/2007, se desarrolló por el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras.

Finalmente la legislación sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras derivada de la Ley 36/2007 y del Real Decreto 216/2008, se desarrolló por la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

---

<sup>173</sup> El porcentaje del 1% se aplica desde 18 de enero de 2012, con anterioridad a esta fecha el coeficiente era del 2%.

<sup>174</sup> Ver apartado 2.2.2.2. “Normativa Interna”, subapartado 2.2.2.2.3. “Competencias supervisoras”, en el que nos referimos a la supervisión de la solvencia y la liquidez respecto de EP de entidades autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea.



La Circular constituye, tal y como indica el Preámbulo punto 1, *“el desarrollo final, en el ámbito de las entidades de crédito, de la legislación sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras dictada a partir de la Ley 36/2007, ..., por la que se modifica la Ley 13/1985, ... y que comprende también el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero,...”*, con lo que con su publicación se dio por concluido el proceso de adaptación de la legislación española de entidades de crédito a las Directivas Comunitarias 2006/48/CE y 2006/49/CE, a las que ya nos habíamos referido anteriormente, que siguen las pautas de Basilea II.

De otro lado, en el punto 4 del Preámbulo de la Circular, se daban las claves de las principales novedades que incorporó la nueva fórmula de determinación del coeficiente de recursos propios mínimos, como son, entre otras, la ampliación de las técnicas de reducción de riesgos admisibles, la regulación específica de los requerimientos de recursos propios exigibles a las exposiciones de titulización, tanto para la entidad titulizadora, como para cualquier otro participante en el proceso de titulización o la ponderación a asignar a los préstamos hipotecarios de cobertura insuficiente.

De acuerdo con el artículo Sexto apartado 1 de la Ley 13/1985, en su redacción dada por la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, que constituye la base de regulación de los recursos propios mínimos de las entidades financieras: *“Los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito integradas o no en un grupo consolidable de entidades de crédito, deberán mantener en todo momento un volumen de recursos propios suficiente en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos. En especial, dispondrán en todo momento de fondos superiores o iguales a la suma de las siguientes exigencias de recursos propios mínimos: ...*

Seguidamente el apartado 1, en sus subapartados a), b), c) y d), nos remite a la norma reglamentaria a los efectos de calcular los recursos propios mínimos necesarios para el desarrollo de las diferentes actividades, con referencia expresa de las distintas categorías de riesgo que han de cubrirse: riesgo de crédito y de dilución –todas las actividades, con excepción de la cartera de negociación-, riesgo de posición y de

contraparte –cartera de negociación-, riesgo de tipo de cambio, de liquidación y sobre materias primas –todas las actividades- y riesgo operacional –todas las actividades-<sup>175</sup>.

Estas normas que se venían aplicando desde 1 de enero de 2008, han supuesto, en relación con las normas que las precedían, un cambio importante en el cálculo de dicho coeficiente, cambio que vino motivado, sin duda, por la necesidad de que el coeficiente de recursos propios mínimos pudiera responder de manera más eficaz a las vicisitudes de las entidades financieras, en un entorno en el que se ha dado entrada a unos parámetros de riesgo que la fórmula anterior, de cálculo mucho más sencillo y asequible, no contemplaba –entre otros el riesgo operacional, tipo de riesgo del que se ha manifestado, en los últimos tiempos, la necesidad de evaluación-.

En el escenario de Basilea II la *ratio* de solvencia de las entidades financieras autorizadas en España era del 8%, formándose los diferentes tramos de la misma en los términos reseñados en el apartado 2.5.2.1. A) Basilea II, anterior.

#### B) BASILEA III.

España como dijimos anteriormente, ha sido uno de los primeros países que ha anticipado la aplicación de las normas relativas a requerimientos de recursos propios mínimos contenidas en el Acuerdo de Capital de Basilea III, sobre el calendario previsto, con el fin de que las entidades de crédito autorizadas en España reforzaran su solvencia y pudieran disponer de una capacidad de maniobra suficiente para reaccionar ante cualquier movimiento perturbador.

A su vez, dentro de este periodo, distinguiremos los siguientes subperiodos:

B.1) SUBPERIODO 10 de marzo de 2011 / 29 de junio de 2012, para entidades afectadas por la EBA/REC/2011/01 y 10 de marzo de 2011 / 30 de diciembre de 2012, para el resto de entidades.

---

<sup>175</sup> Ver apartados 2.5.1 “La *ratio* de solvencia” y 2.5.4.1. “Áreas de Riesgo a cubrir”, en los que se describen de manera sucinta los diferentes tipos de riesgo a que se ven abocadas las entidades financieras, así como el modo de cálculo del riesgo de crédito, del riesgo de la cartera de negociación y del riesgo operacional.

Las normas a las que nos referimos en líneas anteriores cuando tratamos Basilea II, entraron en este subperíodo de Basilea III con las modificaciones y adaptaciones oportunas; la Ley 13/1985, de 25 de mayo, se modificó por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible<sup>176</sup>, e igualmente fueron objeto de revisión el Real Decreto 216/2008<sup>177</sup> y la Circular 3/2008<sup>178</sup>, estas normas se acompañaron del Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, sobre el reforzamiento del sistema financiero, norma que introdujo en nuestro ordenamiento el término de “capital principal” frente al tradicional de “recursos propios”. Pues bien, fue este Real Decreto Ley el que elevó los requerimientos de capital de las entidades financieras, al establecer en el artículo 1º.1 y 2:

*1. Los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito no integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito, que pueden captar fondos reembolsables del público, deberán contar con un capital principal de, al menos el 8% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con lo previsto en la ley 13/1985, de 25 de mayo, ...*

*2. El porcentaje anterior será del 10% para los grupos consolidables de entidades de crédito y las entidades de crédito individuales mencionadas en el apartado anterior que reúnan las dos condiciones siguientes:*

*....*

*- que no hayan colocado títulos representativos de su capital a terceros, al menos, en un 20%.*

*- que presenten una ratio de financiación mayorista superior al 20%.*

En cuanto a la *ratio* de financiación mayorista, la Circular 2/2011, de 4 marzo, a entidades de crédito, sobre coeficiente de financiación mayorista, en su norma primera, apartado 1, prevé que la misma viene determinada por la fracción:

Financiación mayorista neta de activos líquidos disponibles / Crédito a la clientela.

---

<sup>176</sup> Disposición Final 9ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

<sup>177</sup> Modificado por el Real Decreto 771/2011, de 3 de junio.

<sup>178</sup> Modificada por la Circular 9/2010, de 22 de diciembre, por la Circular 4/2011, de 30 de noviembre y por la Circular 7/2012, de 11 de diciembre –derogada por la Circular 2/2014, de 31 de enero-.

A su vez, los apartados 2, 3 y 4 de la misma norma detallan los componentes de los conceptos financiación mayorista, activos líquidos disponibles y Crédito a la clientela, respectivamente.

La mayor exigencia de capital principal para estos grupos y entidades tenía su razón de ser en la mayor dificultad que tenían para captar capital básico en casos de necesidad urgente. De otro lado, el Banco de España es competente para requerir a las entidades individuales un nivel superior de capital principal en función de los resultados de ejercicios de resistencia que puedan hacerse para el conjunto del sistema financiero.

En cuanto a la fecha de primera aplicación de estos nuevos requerimientos de capital propio, la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, dispuso que los mismos, se aplicaran desde 10 de marzo de 2011, de forma que todas las entidades debían cumplir con este marco de capitalización el 30 de septiembre de 2011. Para calcular las necesidades de capital propio en la fecha de primera aplicación del Real Decreto Ley 2/2011, esto es 10 de marzo de 2011, las entidades de crédito habían de partir de sus posiciones de activos y riesgos a 31 de diciembre de 2010.

B.2) SUBPERIODO 30 de junio de 2012 / 31 de diciembre de 2013, para entidades afectadas por la EBA/REC/2011/01 y 31 de diciembre de 2012 / 31 de diciembre de 2013, para el resto de entidades.

- Entidades afectadas por la EBA/REC/2011/01.- De acuerdo con esta Recomendación, las entidades españolas de mayor volumen de negocio, ajustaron sus niveles mínimos de capital a 30 de junio de 2012 al 9%<sup>179</sup>.

- Resto de entidades.- Como dijimos en el inicio de este apartado 2.5.2.3. la Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2012, dirigida a España sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera y el Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera, de la misma fecha, establecieron que la *ratio* de solvencia de las entidades financieras debía situarse a 31 de diciembre de 2012,

---

<sup>179</sup> Ver apartado 2.5.2.2. Normativa Comunitaria, B) Basilea III, en el que se hace una breve referencia a la Recomendación y se señalan las entidades españolas afectadas por la misma.

como mínimo, en el 9% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con la normativa general sobre recursos propios prevista en la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

Pues bien, para poder ejecutar materialmente este mandato fue necesario llevar a cabo ciertas modificaciones, a nivel de normativa interna, las cuales recayeron en el Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, llevándose a cabo a través de la Disposición Final Séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. En el artículo 1.1 del Real Decreto Ley se estableció la obligación para todas las entidades financieras de disponer de una cifra de “capital principal” del 9%, que debía satisfacerse a partir de 31 de diciembre de 2012, incluso para las que en la etapa anterior se exigió un coeficiente del 10%, en atención a sus dificultades de acceso a los mercados para obtener financiación<sup>180</sup>. El artículo citado excluyó de esta obligación a las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otros países, al considerar suficiente su cumplimiento en sede del Estado de autorización de la entidad financiera. En cuanto a los instrumentos que cualifican como “capital principal”, se enumeran en el artículo 2 del Real Decreto Ley citado, también modificado por la Ley 9/2012.

La recapitalización de las entidades financieras se ha completado con la puesta en práctica de las previsiones contenidas en el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero de 2012, de saneamiento del sector financiero, las cuales han venido a dar la razón a los que clamaban no solo por la recapitalización de las entidades financieras, sino también por el saneamiento de sus balances. Este segundo objetivo se ha intentado conseguir con la baja en balance de activos inmobiliarios adjudicados y de créditos con garantía hipotecaria, mediante su traspaso a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB)<sup>181</sup>, según las previsiones contenidas en el artículo 3 de la Ley 8/2012, de 30 de octubre<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> El artículo, en principio, había sido modificado por el Real Decreto Ley 24/2012, de 31 de agosto, pero dado que el mismo fue derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, finalmente se recogieron en dicha Ley las modificaciones pertinentes.

<sup>181</sup> La sociedad se constituyó en noviembre de 2012.

<sup>182</sup> Irlanda ya había hecho frente a esta situación, con una medida similar, en virtud de la cual los bancos se han deshecho de sus activos inmobiliarios creando un “banco malo” el cual adquirió los créditos con garantía de activos inmobiliarios de los bancos, por el 52% del valor de los activos inmobiliarios, esto es el valor de mercado de los mismos. De este modo los bancos han saneado sus balances.

Si la recapitalización de las entidades financieras fue muy bien acogida por las instituciones en general, no es menos cierto que el hecho de anticiparse a Basilea III, ha supuesto una desventaja para las entidades españolas que han tenido que competir con entidades financieras extranjeras a las que se les exigía menor dotación de capital, puesto que se enfrentaron a un encarecimiento de la financiación, ya que la retribución del capital propio suele ser más cara que la de los capitales ajenos. Resulta comprensible que las entidades financieras intentaran gestionar esta situación de desventaja reduciendo el consumo de recursos propios por la vía de restringir la concesión de créditos de alto riesgo, que son los que consumen mayores recursos, dirigiendo los créditos hacia las administraciones públicas, lo cual repercutió negativamente en la inversión privada y no ayudó a la recuperación de la economía.

La misma desventaja puede predicarse respecto de las entidades financieras autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, que también tuvieron que disponer de un 9%, como mínimo, de recursos propios de la categoría de capital principal.

### B.3) SUBPERIODO 1 de enero de 2014 / 31 de diciembre de 2014.

Esta última etapa se afronta con los siguientes instrumentos normativos:

- Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, por el que se han efectuado en la normativa interna las adaptaciones precisas a las novedades derivadas de la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio y del Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, posibilitando la entrada en vigor de las disposiciones contenidos en los textos comunitarios el 1 de enero de 2014, tal y como estaba previsto en los mismos.

Además, la norma ha regulado el tratamiento fiscal de los activos fiscales diferidos, a través de retoques en el TRLIS –se ha añadido el apartado 13 al artículo 19 y la Disposición adicional vigésima segunda-, con el fin de que el sector financiero español esté en pie de igualdad, en este ámbito, con el sector financiero del resto de Europa –en Europa solo se restan del capital principal los activos fiscales diferidos que se considera que no se van a recuperar, porque no se espera que la entidad vaya a tener beneficios para ello en el futuro, en cambio los activos fiscales diferidos que se generan

por diferencias temporales no consumen recursos propios<sup>183</sup>-. El 3 de diciembre de 2013, el Banco de España publicó una nota aclaratoria sobre esta cuestión, de capital importancia, cara a la determinación de la *ratio* de solvencia de las entidades financieras<sup>184</sup>.

La norma deroga con efecto 1 de enero de 2014, el Título 1 del Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero y demás disposiciones de igual o inferior rango en todo lo que se oponga a la misma y todas las previsiones del ordenamiento jurídico incompatibles con el Reglamento (UE) 575/2013<sup>185</sup>.

- Circular 2/2014, de 31 de enero, que incorpora las opciones regulatorias que el Reglamento (UE) 575/2013, deja a discreción del regulador nacional, asimismo deroga la Circular 7/2012.

Tal y como se hizo en el Subperiodo anterior, cabe diferenciar entre:

- Entidades afectadas por la EBA/REC/2013/03.- De acuerdo con esta Recomendación, las entidades españolas de mayor volumen de negocio, deben mantener en esta etapa, como mínimo, el nivel nominal de recursos propios al que vinieron obligadas por aplicación de EBA/REC/2011/01, a 30 de junio de 2012, en los casos en que por aplicación de los coeficientes previstos para el periodo transitorio sus necesidades de capital fueran menores
- Resto de entidades.- De acuerdo con la norma cuarta de la Circular 2/2014, de 31 de enero, siguiendo lo previsto en los artículos 92 y 465 del Reglamento (UE) 575/2013, comentados en el apartado 2.5.2.2. B) Basilea III, anterior, los requerimientos de recursos propios mínimos que deben cumplir las entidades son:

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| - Capital nivel 1 ordinario | 4,5% |
| - Capital nivel 1 adicional | 1,5% |
| - Total Capital nivel 1     | 6,0% |

<sup>183</sup> El apartado 13 del artículo 19, que plantea no pocas dudas en cuanto a su aplicación material, tiene efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2011, en tanto que la DA vigésima segunda para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014.

<sup>184</sup> Sobre esta cuestión ver “Boletín Económico” enero 2014, Banco de España “Regulación Financiera 4º Trimestre de 2013”, página 147.

<sup>185</sup> Entre otras, las disposiciones de la Circular 3/2008 incompatibles con el Reglamento UE 575/2013.

|                      |      |
|----------------------|------|
| - Capital nivel 2    | 2,0% |
| - <i>Ratio</i> Total | 8,0% |

- Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo objetivo primordial, como se indicó anteriormente, es la transposición de la Directiva 2013/36/UE, aunque de hecho también se ha aprovechado su articulado para unificar en un solo texto el marco normativo vigente de las entidades de crédito. Pues bien, la Ley en sus artículos 39 y siguientes se ocupa de la solvencia de estas, estableciendo que el marco normativo de la solvencia se encuentra situado en el Reglamento (UE) 575/2013, en la propia Ley y en sus disposiciones de desarrollo. Concretamente los artículos 43 y siguientes regulan los colchones de capital, estableciendo el apartado 1 del artículo 43 que: *“Las entidades de crédito deberán cumplir en todo momento el requisito combinado de colchones de capital, entendido como el total del capital de nivel 1 ordinario necesario para cumplir con la obligación de disponer de un colchón de conservación de capital, y, si procede:*

- a) Un colchón de capital anticíclico específico de cada entidad.*
- b) Un colchón para las entidades de importancia sistémica mundial.*
- c) Un colchón para otras entidades de importancia sistémica.*
- d) Un colchón contra riesgos sistémicos.*

*Esta obligación se cumplirá sin perjuicio de los requisitos de recursos propios establecidos en el artículo 92 del Reglamento (UE) n° 575/2013, de 26 de junio, y aquellos otros que, en su caso, pueda exigir el Banco de España, en virtud de lo establecido en el artículo 68.2.a)”<sup>186</sup>.*

### 2.5.3. RECURSOS PROPIOS COMPUTABLES A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA *RATIO* DE SOLVENCIA.

#### 2.5.3.1. RECURSOS PROPIOS. NORMATIVA BANCARIA.

En el Reglamento (UE) 575/2013, artículo 25 y siguientes se contienen los componentes de los fondos propios de las entidades financieras, clasificados en los siguientes grupos:

- Capital de nivel 1.

A su vez, se distingue:

---

<sup>186</sup> Los colchones de capital se exigirán a partir de 1 de enero de 2016.



Capital de nivel 1 ordinario.- A este subgrupo pertenecen; los instrumentos de capital, primas de emisión conexas con instrumentos de capital, ganancias acumuladas, otro resultado integral acumulado, otras reservas y fondos para riesgos bancarios generales<sup>187</sup>.

Capital de nivel 1 adicional.- Instrumentos de capital –emitidos con las condiciones recogidas en el artículo 52- y primas de emisión conexas con dichos instrumentos de capital. Estos instrumentos, obviamente no se consideran capital de nivel 1 ordinario, ni capital nivel 2<sup>188</sup>.

- Capital de nivel 2.

Para formar este tramo se pueden utilizar: Instrumentos de capital y préstamos subordinados – siempre que reúnan las condiciones del artículo 63- y determinados ajustes por riesgo de crédito general<sup>189</sup>.

Como puede observarse, los elementos relacionados ni gozan de la misma calidad, frente a terceros, ni tienen el mismo grado de permanencia en el patrimonio de la entidad financiera, ni tienen la misma capacidad de absorber pérdidas, caso de que las mismas se produzcan. Así encontramos dos grandes grupos: por un lado, el capital y las reservas, instrumentos con mayor capacidad para absorber pérdidas y por otro, los instrumentos de deuda convertibles, que en un momento determinado de dificultad para la entidad pueden convertirse en capital y hacer frente a las pérdidas, estos instrumentos se denominan capital contingente.

Interesa destacar por la relevancia que tiene esta cuestión, habida cuenta de los problemas planteados en etapas anteriores, que las emisiones de instrumentos obligatoriamente convertibles en acciones, para cualificar como capital, deben reunir las condiciones fijadas por la Autoridad Bancaria Europea en el marco de su Recomendación EBA/REC/2011/1, condiciones que en todo caso han de figurar en el folleto de emisión, para conocimiento de inversores y terceros en general. Así, los folletos deben informar, entre otras cuestiones, de:

---

<sup>187</sup> La naturaleza y características de estos elementos se describen en los artículos 26/49. Las deducciones se recogen en el artículo 36 y siguientes.

<sup>188</sup> La naturaleza y condiciones de emisión se contemplan en los artículos 50/60 y las deducciones en el artículo 51 y siguientes.

<sup>189</sup> La naturaleza y condiciones de emisión se detallan en los artículos 61/71 y las deducciones en el artículo 65 y siguientes. Con anterioridad, la composición de los fondos propios de las entidades financieras se regulaban en el artículo 7.1. de la Ley 13/1985.

- La condición de instrumentos de patrimonio de los títulos.
- La incorporación del mecanismo que asegure su capacidad para absorber pérdidas, sobre la base de continuidad de la actividad de la entidad<sup>190</sup>.
- El carácter perpetuo de los títulos, salvo que se prevea su conversión obligatoria.
- La indicación expresa de que el pago o la ausencia de pago de la remuneración deberá ser una decisión enteramente libre para la entidad emisora.

Hasta aquí, los recursos propios de las entidades financieras desde la perspectiva reguladora. Pero tan importante como el estudio de los recursos propios desde este ámbito, resulta su consideración desde los ámbitos mercantil, contable y fiscal, ello por la diferente consideración, naturaleza y tratamiento que los mismos tienen dependiendo de la esfera desde la que se contemplan<sup>191</sup>; por otro lado, puede ocurrir que dentro del mismo ámbito una determinada clase de recursos puede tener un tratamiento diferente, dependiendo de la normativa del Estado en cuestión. En las líneas siguientes abordaremos brevemente estas cuestiones, tomando, obviamente, como referente la norma española.

#### 2.5.3.2 RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO MERCANTIL.

La naturaleza y diferencias entre las acciones y las obligaciones, que tradicionalmente aparecían muy nítidas ante el inversor y el público en general, se han ido diluyendo, de tal manera que en los últimos tiempos se han ofrecido ciertas emisiones denominadas de “acciones” en las que dichas acciones aparecían con un elemento típico de las obligaciones y viceversa, ciertas emisiones de “obligaciones” en las que dichas obligaciones incorporaban un rasgo más propio de acciones que de obligaciones. En estos casos se habla de híbridos en sentido financiero<sup>192</sup>, y dado que es absolutamente necesario la adscripción del título o valor a una categoría determinada, la

---

<sup>190</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento UE 575/2013, se considera situación inexcusable para la conversión de estos instrumentos en acciones ordinarias, aquella en que la entidad emisora o su grupo consolidable presenten una *ratio* de capital nivel 1 ordinario inferior al 5,125%. Aunque en principio el capital nivel 1 ordinario está en el 4,5%, cuando se exija el colchón de conservación al 2,5% -previsiblemente en 2016- la *ratio* de capital nivel 1 ordinario se situará en el 7%, a este bloque de capital se refiere la norma.

<sup>191</sup> Ver Párrafo 105, Parte I de OCDE (2010), en el que se alude a las diferencias entre las definiciones de deuda y fondos propios en función del contexto en el que se utilicen: contable, bancario y fiscal. En Informe OCDE (2008), Párrafo 136, Parte I.

<sup>192</sup> Esta confusión de elementos también se contempla en clave tributaria. Ver apartado 2.5.3.4 siguiente sobre este particular.

doctrina mercantil recomienda analizar el contenido de los derechos, en base a las siguientes notas: a) derecho a percibir retribución: en la obligación se da, en la acción, no. b) vencimiento del derecho: en la obligación se da, en la acción, no. c) derechos políticos: en la obligación no existen, en la acción, si. d) derecho a participar en los activos residuales de la sociedad en la liquidación de la misma: en la obligación no se da, en la acción, si, etc.<sup>193</sup>. Una vez catalogado el título o valor, las acciones se consideran recursos propios y su retribución como es sabido se considera dividendo, en tanto que las obligaciones se consideran recursos ajenos y su retribución interés.

#### 2.5.3.3. RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO CONTABLE.

En el marco conceptual de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros – Plan Sectorial de Contabilidad de las entidades financieras-, encontramos las expresiones de instrumentos de capital y de pasivos financieros, definiéndose en los siguientes términos:

**Instrumentos de capital.** *Un instrumento de capital, o de patrimonio neto, es un negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la entidad que lo emite una vez deducidos todos sus pasivos.* Norma vigésima.2 de la Circular.

**Pasivo financiero.** *Un pasivo financiero es cualquier compromiso que suponga:*

a) *Una obligación contractual de:*

*(i) Entregar efectivo, u otro activo financiero a un tercero.*

*(ii) Intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones potencialmente desfavorables.*

b) *Un contrato que puede ser, o será, liquidado con los propios instrumentos de capital de la entidad que:*

*(i) Si no es un derivado obligue, o pueda obligar, a entregar un número variable de sus propios instrumentos de capital.*

---

<sup>193</sup> Ver Documento “Medidas Antielusión Fiscal”, 5. La Subcapitalización, 5.1.1. Los criterios de calificación de la doctrina mercantil, 5.1.2. Los criterios de calificación contables y 5.2.1.1. El endeudamiento y el capital fiscal (2012), de Eduardo Sanz Gadea, Instituto de Estudios Fiscales, en el que el autor analiza en detalle estas cuestiones.

*(ii) Si es un derivado, no pueda ser, o no será, liquidado mediante un precio fijo por un número fijo de sus propios instrumentos de capital.* Norma vigésima.2 de la Circular.

A las categorías señaladas, se añaden los denominados instrumentos financieros combinados, que incluyen simultáneamente dos o más instrumentos financieros simples, tales como un elemento de deuda y un elemento de capital, o un elemento de deuda y un instrumento derivado. Dentro de los instrumentos financieros combinados se encuentran:

- Los instrumentos financieros híbridos.- Tales como las obligaciones convertibles en acciones vistas desde la posición del inversor -la opción se ejerce por el inversor o prestamista-. El instrumento está compuesto por un contrato principal – obligación- y un instrumento derivado –la opción de convertir o no la obligación en acción, cuando llegue el vencimiento-.

- Los instrumentos financieros compuestos.- Tales como las obligaciones convertibles en acciones, pero ahora vistas desde la perspectiva del emisor. Se trata de contratos que crean para el emisor simultáneamente un pasivo financiero y un instrumento de capital propio, que otorga al tenedor del instrumento compuesto el derecho a convertirle en un instrumento de capital de la entidad emisora.

Teniendo en cuenta lo anterior, las rúbricas del pasivo del balance de las entidades financieras que se observan son las siguientes:

Pasivos Financieros.

Pasivos emitidos con naturaleza de Capital.

Capital y Reservas.

Los dos primeros se retribuirían con intereses y el capital -instrumentos de capital para el inversor- con dividendos.

#### 2.5.3.4. RECURSOS PROPIOS. ÁMBITO FISCAL.

La normativa fiscal española no entra en la calificación de los instrumentos financieros, como la determinación de la Base Imponible en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, parte del Resultado Contable, es claro que en el ámbito fiscal se asume la calificación que el derecho contable otorga a los diferentes recursos; de acuerdo con esto, el tratamiento en el Impuesto sobre Sociedades/ Impuesto sobre la Renta de No Residentes de la retribución de los instrumentos financieros que componen el capital regulatorio es como sigue:

a) Retribución de los instrumentos que componen el “Capital nivel 1 ordinario”, alineados con el concepto de *Common Equity Tier 1*, en el marco de Basilea III.- Se considera partida no deducible a los efectos de determinar la Base Imponible en el Impuesto sobre Sociedades –cuando se trate de sociedades residentes en España- y a los efectos de determinar la Base Imponible en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes –cuando estemos en presencia de EP localizados en España-. La retribución del capital libre constituye una parte del beneficio imponible de la entidad o del EP<sup>194</sup>.

b) Retribución de los instrumentos denominados “Pasivos con naturaleza de Capital”, integrados en los tramos de “Capital nivel 1 adicional” y “Capital nivel 2”, catalogados como *Additional Tier 1* y como *Tier 2*, en el marco de Basilea III.- Partida fiscalmente deducible a los efectos de cuantificar la Base Imponible en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Cuando estos instrumentos, debido a la situación de la entidad financiera, se convierten obligatoriamente en acciones, su retribución seguiría la misma suerte que la retribución

---

<sup>194</sup> Consultar Impuesto sobre beneficios en Bélgica, cuya norma permite deducir la retribución presunta de los capitales propios, a los que remunera al tipo de interés de las obligaciones emitidas por el Estado belga con vencimiento a 10 años. También en Italia, el Impuesto sobre beneficios reconoce una deducción en concepto de intereses nocionales, que se calcula aplicando el tipo del 3% a la cifra de aportaciones y de beneficios no distribuidos incorporadas/obtenidos a partir de la entrada en vigor de la norma. Otros Estados que se han apuntado a esta tendencia han sido Suiza, que permite para EP financieros, en determinadas condiciones, deducir en el Impuesto sobre beneficios los intereses que corresponderían al capital que se supone que financia los activos y que asciende a 1/11 de los activos, considerando que el 10/11 restante se financia con recursos ajenos, Portugal que permite la deducción del 3% del capital incorporado a empresas de reducida dimensión, en el periodo 2010 / 2013 y Croacia. La Ley 27/2014, también se ha sumado a este movimiento, recogiendo en el artículo 25 “Reserva de capitalización” una deducción a practicar en la base imponible por el importe del 10% del incremento de los fondos propios, con el límite del 10% de dicha base, como forma de incentivar el uso de los capitales propios en detrimento de los ajenos. Es muy posible que las entidades financieras, precisamente por la obligación que tienen de mantener una *ratio* de solvencia determinada, sean las candidatas idóneas para disfrutar de este incentivo, que redundará en definitiva en una disminución de su tipo de gravamen efectivo.

de los instrumentos a que nos hemos referido en la letra a) anterior, esto es no sería fiscalmente deducible.

En este escenario resulta comprensible que los gestores de entidades financieras utilicen a veces de forma interesada unos recursos en detrimento de otros, con el objetivo último de reducir la factura fiscal, respetando eso si los mínimos establecidos en la normativa bancaria, habida cuenta que el incumplimiento de los mismos acarrea consecuencias graves.

Enlazando esta situación con la globalización de la economía y en particular con la internacionalización de las fuentes de financiación, se destaca que es posible que en el Estado de la fuente se de a la retribución de un determinado instrumento financiero la calificación de intereses y en consecuencia, dichos intereses se consideren gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre beneficios, en tanto que en el Estado del inversor, de acuerdo con sus normas fiscales, la misma retribución se conceptúe como dividendo y en base a ello el inversor reclame deducción por doble imposición de dividendos, lo que daría lugar a un déficit de imposición, que los Estados afectados deberían resolver de manera coherente, posiblemente teniendo en cuenta el Estado del inversor el tratamiento de la retribución del instrumento financiero en el Estado de la fuente<sup>195</sup>. Este instrumento es el ejemplo típico de lo que se conoce como instrumento híbrido<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Ver Recomendación de la Comisión (2012/772/UE), de 6 de diciembre de 2012, sobre la Planificación Fiscal Agresiva, a través de la que se invita a los Estados miembros a adoptar medidas a nivel de su legislación interna con el fin de evitar supuestos de doble exención o doble no tributación. Esta filosofía ya se recoge en la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que prevé que los Estados de la matriz “o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravaran dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial”, nuevo texto del artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2011/96/UE. Se prevé que los Estados miembros deberán adoptar su norma interna como muy tarde a 31 de diciembre de 2015.

<sup>196</sup> Ver Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013, referida a la deducción por doble imposición de la retribución de “acciones privilegiadas” emitidas con arreglo al derecho australiano; la retribución de dichos instrumentos se consideró deducible en el cálculo del Impuesto sobre Beneficios en Australia y se reclamó en España deducción por doble imposición, deducción que la Audiencia Nacional no aplicó al considerar que las características de la emisión de los títulos eran las típicas de los instrumentos de deuda. Frente a la argumentación del contribuyente que alegó que había un conflicto entre la calificación contable y la calificación mercantil de los títulos, la Audiencia Nacional no se mostró conforme manifestando: “No existe conflicto entre realidad contable y realidad jurídica, sino conflicto entre denominación contractual y verdadera naturaleza jurídica”. También el tratamiento de la

#### 2.5.4. CALCULO DE LOS REQUERIMIENTOS DE RECURSOS PROPIOS MÍNIMOS.

La financiación de los activos de las entidades financieras autorizadas en España, a partir de 1 de enero de 2014, como ya ha habido oportunidad de comentar a lo largo de este Capítulo, se realiza en la forma siguiente:

##### ACTIVOS CONTABLES.

##### FINANCIACIÓN:

**Recursos Propios Mínimos:** 8% sobre activos y pasivos contingentes ponderados según riesgo, distribuido del modo siguiente:

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| - Capital nivel 1 ordinario | 4,5% |
| - Capital nivel 1 adicional | 1,5% |
| - Total Capital nivel 1     | 6,0% |
| - Capital nivel 2           | 2,0% |
| - <i>Ratio</i> Total        | 8,0% |

**Recursos Ajenos:** Resto, hasta el total valor de los activos contables.

Este 8% constituye la *ratio* de solvencia de una entidad financiera, la cual se calcula a partir de las cuentas patrimoniales y de las cuentas de orden de las entidades que reflejen los activos y riesgos con terceros. Las partidas se examinan y ponderan desde la perspectiva de los diferentes riesgos que pueden afectarlas, crédito, mercado, operacional, etc. Una vez ponderadas todas las partidas por su riesgo –según la normativa enumerada en el apartado 2.5.2.3. anterior-, se obtiene un sumatorio, cuyo 8% nos indica el mínimo de recursos propios de que debe disponer una entidad financiera para considerar cumplida la *ratio* de solvencia.

---

retribución de los juros brasileños ha sido objeto de debate en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014, en este caso la AN se pronuncia por dar a dicha retribución en España el trato de los dividendos, reconociendo el derecho a aplicar la exención contemplada en el artículo 23.3 del Convenio entre España y Brasil, sin embargo esas rentas no tributaron en Brasil, porque la entidad pudo deducir estas retribuciones cuando determinó su responsabilidad por el Impuesto sobre Beneficios en dicho país.

#### 2.5.4.1. ÁREAS DE RIESGO A CUBRIR.

Los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito integradas o no en un grupo consolidable de entidades de crédito, deberán mantener en todo momento un volumen suficiente de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos –artículos 39 y 40 de la Ley 10/2014-. Teniendo en cuenta que las actividades de las entidades financieras pueden agruparse en dos grandes bloques o áreas, por un lado, todas las actividades, excepto las relativas a la cartera de negociación y por otro lado, todas las actividades realizadas sobre los instrumentos financieros integrados en la cartera de negociación, los riesgos a cubrir respecto de las actividades del primer bloque son: el riesgo de crédito, el riesgo de dilución, el riesgo de tipo de cambio, el riesgo sobre materias primas y el riesgo operacional, en tanto que los riesgos a cubrir por las actividades del segundo bloque son: el riesgo de posición, el riesgo de contraparte, el riesgo de tipo de cambio, el riesgo sobre materias primas, el riesgo operacional y por último, y en la medida en que se autorice, los grandes riesgos que superen los límites establecidos reglamentariamente<sup>197</sup>.

A estas áreas de riesgo se refieren el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, artículos 17 y siguientes y la Circular 3/2008, de 22 de mayo, norma cuarta apartados 1. a), b), c) y d), 2 y 3. De estas normas nos serviremos para comentar como han de cubrir las entidades de crédito, las parcelas de riesgo a las que hemos aludido<sup>198</sup>.

##### 1.) RIESGO DE CRÉDITO.

El mínimo de recursos propios para hacer frente al riesgo de tipo de crédito y al riesgo de dilución, según el artículo 17 del Real Decreto 216/2008, y la Normas duodécima y siguientes de la Circular 3/2008, es el 8% del total de las exposiciones de la entidad, ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Real Decreto 216/2008. Este artículo estipula dos métodos para calcular

---

<sup>197</sup> Esta cuestión se regulaba anteriormente por el apartado 1 del artículo 6 de la Ley 13/1985. En el apartado 2.5.1 anterior, se describían de manera sucinta los diferentes riesgos a los que se enfrentan las entidades financieras en el desarrollo de su actividad.

<sup>198</sup> El cálculo de los requerimientos propios de recursos mínimos de una entidad financiera es una tarea laboriosa que excede, con mucho, el objetivo de este trabajo, por lo que nos limitamos a dar unas ligeras pinceladas sobre los parámetros a considerar para su cálculo, a los efectos de facilitar la comprensión de los ejemplos prácticos recogidos en el apartado 2.5.4.4 siguiente.



las exposiciones al riesgo, el método estándar -desarrollado en el propio Real Decreto 216/2008, artículos 20 y siguientes-, y el método basado en calificaciones internas – artículos 31 y siguientes del Real Decreto-.

Por exposición de riesgo hemos de entender, de acuerdo con la norma 13 de la Circular 3/2008, *“toda partida de activo y toda partida incluida en cuentas de orden de la entidad de crédito que incorpore riesgo de crédito y que no haya sido deducida de los recursos propios”*

A ambos métodos nos referimos seguidamente:

**MÉTODO ESTÁNDAR.** Este método establece las pautas para el cálculo del coeficiente de recursos propios, en tres etapas:

1ª) Se determina el valor de exposición de las diferentes partidas expuestas al riesgo.

El valor de exposición de una partida del activo es su valor en balance.

El valor de exposición de una partida anotada en cuentas de orden es el resultado de aplicar los porcentajes previstos en la norma decimoséptima de la Circular 3/2008 sobre el valor contable de las partidas, una vez clasificadas en los grupos que se indican:

Partidas de alto riesgo. Se computan al 100%. Ejemplo: Avaless por créditos dinerarios.

Partidas de riesgo medio. Se computan al 50%. Ejemplo: Cesiones temporales con pacto de retrocesión opcional y opciones de venta emitidas sobre valores, salvo cuando se hubiera estipulado su liquidación por diferencias.

Partidas de riesgo medio / bajo. Se computan al 20%. Ejemplo: Compromisos adicionales de liquidación asumidos en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

Partidas de riesgo bajo. Se computan al 0%. Ejemplo: Facilidades de descubierto no utilizadas.

Estos coeficientes de ponderación evalúan el riesgo en función de la naturaleza de la operación.

2ª) Se catalogan las exposiciones al riesgo de crédito, adscribiéndolas a una de las 16 categorías previstas en el artículo 21 del Real Decreto 216/2008<sup>199</sup>, tales como: 1) exposiciones frente a administraciones centrales o bancos centrales, 2) exposiciones frente a instituciones, esto es, frente a entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, 3) exposiciones en situaciones de mora, 4) bonos garantizados, 5) posiciones en titulizaciones, entre otras.

3ª) Se aplica a cada una de las categorías de exposición obtenidas los coeficientes de ponderación previstos en la norma decimoquinta y siguientes de la Circular 3/2008; dichos coeficientes atienden a la categoría de cada exposición y a la calidad crediticia de la contraparte. Así a título de ejemplo, se indican determinadas exposiciones junto al coeficiente de ponderación aplicable:

|  |                     |
|--|---------------------|
| - Exposición frente a la Administración General del Estado | 0%                  |
| - Exposición frente a la entidad matriz y/o filial         | 0%                  |
| - Exposición frente a minoristas                           | 75%                 |
| - Exposición frente a empresas                             | 100% <sup>200</sup> |

En la contabilidad también existen una serie de partidas que no constituyen exposiciones de riesgo y por tanto no han de ser objeto de ponderación, entre ellas se encuentran: 1) dividendos pasivos exigidos a los accionistas, 2) Comisiones por garantías financieras, 3) Ajustes a activos financieros por macrocoberturas, 4) Activos fiscales diferidos, siempre que el plazo de recuperación no exceda de 10 años, etc.

MÉTODO BASADO EN CALIFICACIONES INTERNAS –*IRB approach*. El método, regulado en los artículos 31 y siguientes del Real Decreto 216/2008, solo se podrá aplicar si se autoriza por el Banco de España. Para ello, el Órgano Supervisor ha de tener garantías de que los sistemas de la entidad financiera para la gestión y calificación de exposiciones con riesgo de crédito estén suficientemente integrados en la propia gestión del riesgo de la entidad, asimismo las entidades han de cumplir una serie

---

<sup>199</sup> Este artículo se ha desarrollado por la norma decimocuarta de la Circular 3/2008, de 22 de mayo.

<sup>200</sup> Cuando la entidad deudora disponga de una calificación crediticia efectuada por una agencia de calificación externa designada (ECAI) podrá aplicarse un coeficiente de ponderación diferente al 100. Dependiendo de dicha calificación, la entidad financiera aplicará los coeficientes de 25%, 50%, 100% ó 150%.

de condiciones. Como ejemplo, citamos el caso en que una entidad financiera que viene concediendo crédito de manera continuada –por ejemplo en los diez años últimos- a una determinada entidad, que siempre ha atendido los vencimientos de las operaciones, concede uno nuevo; pues bien, en este caso, los sistemas internos de la entidad financiera pueden considerar que el nuevo crédito concedido a la entidad no implica la asunción de riesgo alguno, lo que conllevaría que el coeficiente de ponderación a aplicar sería “cero”, dando como resultado que dicha operación activa no consumiría recursos propios.

Las entidades financieras pueden reducir sus exposiciones al riesgo de crédito mediante técnicas de reducción que básicamente consisten en el uso de garantías reales y personales, incluyendo entre estas últimas los derivados de cobertura.

## 2.) RIESGO DE CONTRAPARTE.

El riesgo de contraparte se evalúa de acuerdo con las directrices emanadas del Banco de España, que debe fijar los métodos y criterios aplicables por las entidades de crédito para el cálculo de los valores de exposición por riesgo de contraparte correspondientes. Artículo 46 del Real Decreto 216/2008 y Norma 69 de la Circular 3/2008<sup>201</sup>.

## 3.) RIESGO DE TIPO DE CAMBIO.

Las entidades de crédito deben cubrir en todo momento el riesgo de tipo de cambio y el riesgo de las posiciones de oro que asuman con recursos propios suficientes. En relación con este tipo de riesgo, la norma da opción a las entidades financieras para que utilicen bien el método estándar –el Banco de España indica la fórmula concreta- o bien utilicen en sustitución del método estándar o incluso en combinación con el mismo, sus propios modelos internos de gestión de riesgos. Artículos 48, 49, 50 y 51 del Real Decreto 216/2008 y Normas 78 y siguientes de la Circular 3/2008.

---

<sup>201</sup> Ver Documento “*Riesgo de crédito de contraparte y exposiciones a entidades de contrapartida centrales en Basilea III - Preguntas frecuentes*”- del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, de diciembre de 2012.

El método estándar calcula en primer lugar las posiciones globales netas en divisas, oro y divisas instrumentales, sin tener en cuenta su signo, de acuerdo con las indicaciones del Banco de España.

Cuando la suma de la posición global neta en divisas de la entidad y su posición neta en oro supere el 2% de sus recursos propios totales, los requerimientos de recursos propios mínimos a los efectos de este tipo de riesgo, serán el 8% de dicha suma.

De otra parte, cuando dicha suma no supere el 2% de los recursos propios totales, las necesidades de recursos propios por este concepto son nulas.

#### 4.) RIESGO DE LA CARTERA DE NEGOCIACION.

Los artículos 52 a 57 del Real Decreto 216/2008, así como la Normas 82 y siguientes de la Circular 3/2008, se ocupan del cálculo de los requerimientos mínimos de recursos propios relacionados con el riesgo de la cartera de negociación, a tales efectos, dichos artículos definen el perímetro o dimensión que ha de tener la cartera de negociación para que el riesgo de la misma se calcule con arreglo a lo previsto en los mismos, dan las claves para el encuadre correcto de los títulos en la cartera de negociación y establecen los distintos parámetros de riesgo que es preciso cubrir, tales como: riesgo de precio de las posiciones de renta fija, riesgo de precio de las posiciones en acciones y participaciones, riesgo de precio de las posiciones en materias primas, riesgo de crédito de contraparte ligados a la cartera de negociación, etc. El Banco de España determina los métodos de cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos en relación con los riesgos de la cartera de negociación.

El cálculo de los riesgos que afectan a los valores que componen la cartera de negociación mediante el método estándar viene determinado por aplicación del tipo del 8% sobre el valor en balance de la cartera de negociación, cuantía que hace frente al riesgo de precio general al que están sometidos los valores en el mercado y del tipo del 4%, también sobre la magnitud indicada, para atender el riesgo específico de la cartera de negociación, riesgo que tiene que ver con la solvencia de la entidad emisora, de manera que si el *rating* de la misma disminuye el valor se deteriora, y al contrario.

Los recursos propios que consume la cartera de negociación, según lo anteriormente expuesto, totalizan el 12% de su valor contable.

## 5.) RIESGO OPERACIONAL.

Son los artículos 58 a 62 del Real Decreto 216/2008, y la Norma Nonagésima quinta y siguientes de la Circular 3/2008, los que fijan el nivel de recursos propios mínimos que han de asignar las entidades bancarias para cubrir este tipo de riesgo, que como ya hemos dicho constituye una de las novedades de la normativa actual. El artículo 58.2 anteriormente aludido se refiere al riesgo operacional en los términos siguientes: *“A estos efectos se entenderá por riesgo operacional el riesgo de pérdidas debido a la inadecuación o el fallo de los procedimientos, el personal y los sistemas internos, o acontecimientos externos, incluido el riesgo jurídico”*<sup>202</sup>. En cuanto a los métodos para la determinación de los requerimientos de recursos propios mínimos, la norma ha previsto cuatro métodos de cálculo: el método del indicador básico, el método estándar, el método estándar alternativo y los métodos de medición avanzados<sup>203</sup>.

Los requerimientos de recursos propios por riesgo operacional, aplicando el método del indicador básico<sup>204</sup>, se calculan multiplicando la media de los ingresos relevantes de la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad de los tres últimos ejercicios financieros completos, siempre que estos sean positivos, por el coeficiente de ponderación del 15%. A estos efectos los ingresos relevantes se obtienen de la suma algebraica de las siguientes rúbricas: ingresos y rendimientos asimilados, intereses y cargas asimiladas, rendimientos de instrumentos de capital, comisiones percibidas, comisiones pagadas, resultados de operaciones financieras (neto), diferencias de cambio (neto) y otros productos financieros. En el caso de que los ingresos relevantes de un ejercicio fueran negativos o nulos, no se tendrán en cuenta para el cálculo de la media de los tres años.

---

<sup>202</sup> El resultado de las actas de inspección es un ejemplo de riesgo operacional que consume recursos propios; se considera que la entidad no ha evaluado correctamente sus riesgos fiscales.

<sup>203</sup> Ver Documento *“Requerimiento de Capital por riesgo operacional en Basilea II: Enfoque estándar alternativo”* de Luis Raúl Romero O., publicado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, enero de 2007, en el que se recoge un ejemplo de cálculo.

<sup>204</sup> Norma nonagésima sexta de la Circular 3/2008, de 22 de mayo.

## 6.) NECESIDADES DE CAPITAL PROPIO.

La suma de los resultados obtenidos por aplicación de los cálculos establecidos en la norma para cada una de las categorías de riesgo indicadas, teniendo en cuenta que existe una limitación a los grandes riesgos, proporciona la cifra de “Recursos Propios Mínimos” que necesita la entidad financiera para llevar a cabo su actividad.

## 7.) LIMITES A LOS GRANDES RIESGOS.

Como medida cautelar, los artículos 63 y siguientes del Real Decreto 216/2008 y las normas centésima primera y siguientes de la Circular 3/2008, establecen límites a los grandes riesgos. De acuerdo con la norma centésima primera de la Circular 3/2008, por grandes riesgos se entiende: *“Los riesgos mantenidos con una misma persona, física o jurídica o grupo económico, incluso el propio en la parte no consolidable, calculados de acuerdo con lo previsto en la norma centésima segunda, se considerarán grandes riesgos cuando su valor supere el 10% de los recursos propios de la entidad de crédito”*. El límite de un gran riesgo se sitúa en el 25% de los recursos propios de la entidad bancaria<sup>205</sup>.

## 8.) DEFICIT DE RECURSOS PROPIOS.

En el momento en que cualquier entidad de crédito presente déficit de recursos propios, debe comunicarlo al Banco de España de manera inmediata, presentando en el plazo de un mes un programa en el que se concreten los planes para retornar al cumplimiento, salvo si la situación de déficit se hubiese corregido durante ese breve lapso de tiempo.

El incumplimiento de la *ratio* de solvencia, constituye de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92. c) de la Ley 10/2014, infracción muy grave. En los artículos 48 y 49 del mismo texto legal se contemplan las medidas para hacer frente a esta situación, así, en el primero, se regula la posibilidad de distribuir el capital de nivel 1 ordinario, una vez cumplidas determinadas condiciones, en cuanto al segundo, se prevé la obligación, para la entidad financiera que incumpla la *ratio* de solvencia de presentar

---

<sup>205</sup> En la norma centésima primera de la Circular 3/2008, se permite, en determinados casos, situar el límite en 150.000.000 €, si esta cifra fuese superior al 25% de los recursos propios.

al Banco de España un plan de conservación de capital, que debe ser validado por éste si considera que las previsiones del mismo pueden razonablemente cumplirse y llevar a la entidad a la obtención de capital suficiente para atender la *ratio* de solvencia. En el caso de que el Banco de España no apruebe el plan de conservación de capital presentado por la entidad, podrá exigir de ésta que incremente sus recursos propios en el plazo que determine, o hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 68 de la Ley 10/2014, para imponer restricciones sobre las distribuciones de capital más severas que las contempladas en el artículo 48 ya citado<sup>206</sup>. Con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 10/2014, se cierra el elenco de medidas a utilizar por el Banco de España para que las entidades financieras recuperen el nivel de solvencia adecuado a los riesgos contraídos en la realización de sus actividades.

Por último, hay que señalar que las entidades financieras disponen de un pequeño margen a la hora de cuantificar los recursos propios mínimos, en el sentido de reducir el consumo de los mismos, o dicho de otra manera, de trabajar al filo de la cifra legal de recursos propios. Para ello, la entidad debe reducir el riesgo que acompaña a los activos financieros en los que se materializan las inversiones, bien traspasando el riesgo de crédito a un vehículo especialmente creado y diseñado al efecto<sup>207</sup>, cubriendo el riesgo de una determinada operación mediante un instrumento derivado o bien utilizando con cierta habilidad la fecha valor de las operaciones que están a caballo entre la fecha anterior y la posterior a la de la rendición de los Modelos correspondientes.

#### 2.5.4.2. EJEMPLO PRACTICO DE CÁLCULO DE LOS REQUERIMIENTOS DE RECURSOS PROPIOS MINIMOS.

El cálculo de los recursos propios mínimos de una entidad financiera es un ejercicio complejo que ha de tener en cuenta todos los tipos de riesgo señalados en el apartado 2.5.4.1. anterior, que pueden afectar a la misma y cuyo análisis va más allá del ámbito de este trabajo; no obstante, para una aproximación a dicho cálculo,

---

<sup>206</sup> Estas cuestiones anteriormente se regulaban en los artículos 5. h) y 10 de la Ley 26/1988 y en los artículos 6.1 y 11 de la Ley 13/1985.

<sup>207</sup> Fondos de Titulización. A partir de la entrada en vigor de la Circular 4/2004, los créditos que las entidades financieras ceden a un Fondo de Titulización, con el objeto de obtener financiación que a su vez reinvertirán, bien con menor riesgo o bien para obtener un tipo de interés superior al que se había pactado en los créditos cedidos al Fondo, deben continuar en balance, salvo que con los créditos se traspasen íntegramente sus riesgos, esta exigencia para dar de baja del balance los créditos cedidos, disminuye las posibilidades de las entidades financieras de utilizar esta vía para reducir el consumo de recursos propios.

formularemos dos ejemplos sobre la forma en que una entidad financiera y un EP han de calcular la cifra de recursos propios mínimos, considerando exclusivamente las vertientes del riesgo de crédito, del riesgo de mercado relativo a la cartera de negociación y del riesgo operacional.

Como paso previo, se apunta la forma en que se calcula la ponderación para las exposiciones de riesgo anotadas en cuentas de orden:

*Ejemplo:*

Crédito documentario emitido y conformado concedido a una entidad de fabricación de automóviles, por importe de 500.000 euros.

Primera ponderación.

Operación calificada como de riesgo medio

Riesgo correspondiente a la naturaleza de la operación. Coeficiente: 50%.

$500.000 \text{ euros} \times 50\% = 250.000 \text{ euros}$ .

Segunda ponderación.

Exposición frente a la empresa deudora.

Riesgo de la contraparte. Coeficiente 100%.

$250.000 \text{ euros} \times 100 = 250.000 \text{ euros}$ .

## EJEMPLOS.

### 1. ENTIDAD FINANCIERA.

#### 1. a) RIESGO DE CRÉDITO<sup>208</sup>.

#### ACTIVOS Y PASIVOS CONTINGENTES PONDERADOS EN FUNCIÓN DE SU RIESGO

| <b>RIESGO DE CRÉDITO</b>        | Balance    | Ponderación<br>ctas. orden | Ponderación<br>contraparte | Activo/Riesgo |
|---------------------------------|------------|----------------------------|----------------------------|---------------|
| <b>CREDITO A LA CLIENTELA</b>   |            |                            |                            |               |
| Depósitos en Banco España       | 200.000    |                            | 0%                         | 0             |
| Crédito a empresas españolas    | 30.000.000 |                            | 100%                       | 30.000.000    |
| Crédito a empresas canadienses  | 10.000.000 |                            | 100%                       | 10.000.000    |
| Créditos a empresas brasileñas  | 700.000    |                            | 100%                       | 700.000       |
| Crédito a minoristas            | 20.000.000 |                            | 75%                        | 15.000.000    |
| Crédito garantizado B Inmuebles | 15.000.000 |                            | 35%                        | 5.250.000     |

(a)

<sup>208</sup> Ver apartado 2.5.4.1. “Áreas de Riesgo a Cubrir”, 1) “Riesgo de Crédito”.



| RIESGO DE CRÉDITO                     | Balance     | Ponderación<br>ctas. orden | Ponderación<br>contraparte | Activo/Riesgo |
|---------------------------------------|-------------|----------------------------|----------------------------|---------------|
| EXPOSICIONES EN MORA                  |             |                            |                            |               |
| Créditos impagados + 90 días          | 1.000.000   |                            | 100%                       | 1.000.000     |
| Activos Adjud. Pago deudas            | 400.000     |                            | 100%                       | 400.000       |
| OTRAS EXPOSICIONES                    |             |                            |                            |               |
| Activo Material                       | 6.000.000   |                            | 100%                       | 6.000.000     |
| Cuentas Periodificación               | 200.000     |                            | 100%                       | 200.000       |
| Tesorería                             | 4.000.000   |                            | 0%                         | 0             |
| Fianzas dadas a MEFF                  | 100.000     |                            | 0%                         | 0             |
| Fianzas dadas a otras entidades       | 16.000.000  |                            | 100%                       | 16.000.000    |
| Fianzas dadas a entid. financieras    | 3.000.000   |                            | 20%                        | 600.000       |
| CARTERA DE NEGOCIACIÓN                |             |                            |                            |               |
| Renta Fija                            |             |                            |                            |               |
| Bonos de Instituciones Financieras    | 20.000.000  |                            | 0%                         | 0             |
| Deuda Pública Española                | 10.000.000  |                            | 0%                         | 0             |
| Renta Variable                        |             |                            |                            |               |
| Títulos cotizados España              | 90.000.000  |                            | 0%                         | 0             |
| Derivados de negociación              |             |                            |                            |               |
| OTC                                   | 210.800     |                            | 20%                        | 42.160        |
| MEFF                                  | 200.000     |                            | 2%                         | 4.000         |
| Mercados extranjeros                  | 150.000     |                            | 2%                         | 3.000         |
| CARTERA DISPONIBLE VENTA              |             |                            |                            |               |
| Renta Variable Cotizada               | 30.000.000  |                            | 150%                       | 45.000.000    |
| Deuda Pública Española                | 5.000.000   |                            | 0%                         | 0             |
| Deuda Pública Argentina               | 3.000.000   |                            | 100%                       | 3.000.000     |
| CARTERA INVERSIÓN PERMANENTE          |             |                            |                            |               |
| Inversión en Filiales 100%            | 20.000.000  |                            | 150%                       | 30.000.000    |
| Inversión en Filiales 25%             | 10.000.000  |                            | 150%                       | 15.000.000    |
| TOTAL ACTIVOS                         | 295.160.800 |                            |                            |               |
| CUENTAS DE ORDEN                      |             |                            |                            |               |
| Crédito Disponible. Riesgo medio bajo | 10.000.000  | 20%                        | 75%                        | 1.500.000     |
| Créditos Documentarios. Riesgo medio  | 8.000.000   | 50%                        | 100%                       | 4.000.000     |
| Avales. Riesgo medio alto             | 20.000.000  | 50%                        | 75%                        | 7.500.000     |
| Derivados de negociación              | 400.000.000 | 0%                         | 0%                         | 0             |
| TOTAL CUENTAS DE ORDEN                | 438.000.000 |                            |                            |               |
| TOTAL ACTIVOS PONDERADOS SEGÚN RIESGO |             |                            |                            | 191.199.160   |

(a) La ponderación del 35% se aplica cuando la hipoteca se constituye sobre el 80% del valor del inmueble.

(b) Importe neto de provisiones.

(c) Los Derivados de Negociación se contabilizan a valor razonable en Cuentas de Balance y por el nocional en Cuentas de Orden. La ponderación por el riesgo de crédito potencial futuro sobre el nocional tiene en cuenta el tipo de instrumento y el plazo residual. En este caso, se considera que el plazo es inferior a un año, lo que significa que no existe riesgo potencial futuro y por eso se pondera al 0%.

#### 1.b) RIESGO DE LA CARTERA DE NEGOCIACION<sup>209</sup>.

Los valores que componen la cartera de negociación se ven afectados por el riesgo de mercado, lo que supone que dichos valores están sometidos al riesgo de precio general y por el riesgo específico vinculado a la solvencia de la entidad emisora de los mismos.

El riesgo de precio general se cubre con un 8% de recursos propios, en tanto que el riesgo específico se cubre con un 4%, lo que suma un 12%.

Aplicando este porcentaje al valor según Balance de la cartera de negociación que asciende a 120.560.800 €, el riesgo ascendería a:

|                                 |               |
|---------------------------------|---------------|
| Cartera de Negociación          | 120.560.800 € |
| Coefficiente de ponderación     | 12%           |
| Activos ponderados según riesgo | 14.467.296 €  |

#### 1. c) RIESGO OPERACIONAL<sup>210</sup>.

Para cuantificar este riesgo, partimos de los ingresos relevantes de los tres últimos ejercicios.

Dichos ingresos se identifican con la cifra de margen de explotación, según la cuenta de pérdidas y ganancias presentada ante el Banco de España, representativa de la diferencia entre los ingresos y gastos típicos de la actividad.

|   |              |
|---|--------------|
| Ingresos Relevantes del ejercicio (N)     | 3.900.000 €  |
| Ingresos Relevantes del ejercicio (N – 1) | 4.500.000 €  |
| Ingresos Relevantes del ejercicio (N – 2) | 4.100.000 €  |
| Total Ingresos Relevantes                 | 12.500.000 € |
| Media de los Ingresos Relevantes          | 4.166.667 €  |
| Coefficiente de ponderación               | 15%          |
| Activos ponderados según riesgo           | 625.000 €    |

A continuación se procede a sumar el total ponderado de los activos, según el tipo de riesgo evaluado:

---

<sup>209</sup> Ver apartado 2.5.4.1. “Áreas de Riesgo a Cubrir”, 4) “Riesgo de la Cartera de Negociación”.

<sup>210</sup> Ver apartado 2.5.4.1. “Áreas de Riesgo a Cubrir”. 5) “Riesgo Operacional”.

## ACTIVOS PONDERADOS

|                                      |                      |
|--------------------------------------|----------------------|
| Por Riesgo de Crédito                | 191.199.160 €        |
| Por Riesgo de Mercado/C. Negociación | 14.467.296 €         |
| Por Riesgo Operacional               | 625.000 €            |
| <b>TOTAL ACTIVOS PONDERADOS</b>      | <b>206.291.456 €</b> |

Pues bien, la cifra “Total Activos Ponderados” adquiere un protagonismo absoluto en la determinación de la cifra mínima de capital o recursos propios mínimos que debe tener la entidad financiera, ya que la norma cuarta de la Circular 2/2014<sup>211</sup>, de 31 de enero, de acuerdo con el artículo 465 del Reglamento UE 575/2013, establece que las entidades entre 1 de enero de 2014 y 31 de diciembre de 2014 deberán cumplir los siguientes requisitos de recursos propios:

|                              |      |
|------------------------------|------|
| Capital de nivel 1 ordinario | 4,5% |
| Capital de nivel 1           | 6,0% |
| Capital de nivel 2           | 2,0% |
| <i>Ratio Total</i>           | 8,0% |

Para este caso, la cifra de recursos propios mínimos de que debería disponer la entidad sería de 16.503.316,48 €, resultado de aplicar el porcentaje del 8% a la cifra de 206.291.456 €.

En el momento en que se ha tomado la foto fija de las cuentas de activo del balance y de orden anteriormente reproducidas, la situación de los fondos propios deducida del balance es como sigue:

### FONDOS PROPIOS

|                            |            |  |  |  |
|----------------------------|------------|--|--|--|
| CAPITAL                    | 20.000.000 |  |  |  |
| Beneficios No Distribuidos | 4.150.000  |  |  |  |
| Resultados del ejercicio   | 3.100.000  |  |  |  |
| Dividendo repartido        | -1.500.000 |  |  |  |

|                          |          |  |  |  |
|--------------------------|----------|--|--|--|
| <b>ACTIVO INTANGIBLE</b> | -600.000 |  |  |  |
|--------------------------|----------|--|--|--|

### AJUSTES POR VALORACION

|                                   |          |  |  |  |
|-----------------------------------|----------|--|--|--|
| Deterioro de Valor C.Dispo. Venta | -250.000 |  |  |  |
|-----------------------------------|----------|--|--|--|

<sup>211</sup> Esta norma se inserta en el Capítulo 2 “Ejercicio por el Banco de España de opciones regulatorias de carácter transitorio previstas en el reglamento (UE) nº 575/2013”.

|                             |                   |  |  |  |
|-----------------------------|-------------------|--|--|--|
| Diferencias de Cambio       | -820.000          |  |  |  |
| <b>TOTAL FONDOS PROPIOS</b> | <b>24.080.000</b> |  |  |  |

Ver en el apartado 2.5.2.3. NORMATIVA INTERNA, B.2) Subperíodo 30 de junio de 2012 y 31 de diciembre de 2012 /31 de diciembre de 2013, la referencia al Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, que establece un nuevo régimen fiscal para los activos fiscales diferidos, con el objeto de que los mismos tengan en España, respecto del capital, la misma consideración que tienen en el resto de Estados miembros de la Unión Europea, que es la de minorar las necesidades de capital.

Según esta información la *ratio* de solvencia de la entidad financiera asciende a:

$$24.080.000 \text{ €} / 206.291.456 \text{ €} = 11,67 \%$$

Porcentaje que supera ampliamente el 8% requerido por la norma.

#### FINANCIACIÓN DE LOS ACTIVOS:

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| TOTAL ACTIVOS según Balance | 295.160.800 € |
| RECURSOS PROPIOS            | 24.080.000 €  |
| RECURSOS AJENOS             | 271.080.000 € |

En este ejemplo, la entidad financiera está correctamente capitalizada pues su cifra de Recursos Propios que asciende a 24.080.000 € es superior a la de recursos propios mínimos necesarios, según normativa bancaria, que para el momento en que se ha calculado asciende a 16.503.316,48 €.

Sin embargo, si esta misma entidad financiera en el periodo 30 de junio 2012/31 de diciembre 2013, estuviese obligada por la EBA/REC/2011/01 a mantener una cifra de Recursos Propios mínimos del 9% de la suma de sus exposiciones totales ponderadas, y puesto que en estos casos la EBA/REC/2013/03 recomienda que el nivel de recursos propios no descienda de esta cifra, la entidad debería comparar sus necesidades de capital propio actuales de 16.503.316,48 € con las necesidades a 30 de junio de 2012, pudiendo darse los siguientes escenarios:

a) Sus necesidades fueron de 15.000.000 €. En el momento en que se han calculado para el ejemplo, debería tener 16.503.316,48 €.

b) Sus necesidades fueron de 25.000.000 €. En este caso, debería mantener esta cifra de Recursos propios, superior, como se puede comprobar, a la de 16.503.316,48 €.

Cuando la entidad infringe la normativa bancaria relativa a la *ratio* de solvencia, está expuesta a las sanciones pertinentes, tal y como se indicó en el apartado anterior 2.5.4.1. “Áreas de riesgo a cubrir. 8) Déficit de recursos propios”.

## 2. ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.

Los cálculos realizados en el número 1 anterior, también se aplican para determinar los Recursos Propios mínimos de las sucursales en España de entidades autorizadas en Estados que no sean miembros de la Unión Europea.

En cuanto a las sucursales situadas en España, de una entidad autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea, aún cuando por normativa bancaria, las mismas pueden trabajar en cualquier otro Estado sin dotación de capital, como hemos visto en el apartado 2.2.2 “Establecimientos Permanentes de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea”, ello no impide calcular sus necesidades de capital propio mínimo, que se haría en la forma expuesta.

Si situamos los datos del activo y de las cuentas de orden del ejemplo anterior en un EP, se llegaría a la misma cifra de activos y pasivos contingentes ponderados por riesgo, esto es 206.291.456 €, en realidad todas las partidas que se han situado en sede de la entidad financiera pueden perfectamente encontrarse en los Balances de los EP, inclusive la rúbrica de “Cartera de Inversión Permanente”<sup>212</sup>, aunque no se puede afirmar que la misma aparezca con carácter general en el Balance de las sucursales; hecha esta salvedad, las necesidades de capital propio mínimo del EP serían, para el periodo 1 de enero 2014/ 31 de diciembre 2014, de 16.503.316,48 € -las mismas que se asociaron a la entidad financiera-, capital que, en el caso de que la entidad financiera o CC hubiese sido autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea, podría o no, estar reconocido en el Balance de la sucursal.

---

<sup>212</sup> La titularidad jurídica de las acciones corresponde a la entidad financiera, pero si el EP ejecuta las funciones clave de toma de decisiones y de asunción de riesgos sobre las mismas, dichas acciones se consideran afectadas funcionalmente al EP, siendo en este caso el EP el propietario económico de las acciones.

Suponiendo que el Balance de la sucursal tuviese anotados Fondos Propios y que su fotografía fuese la siguiente:

**FONDOS PROPIOS**

|                           |            |  |  |  |
|---------------------------|------------|--|--|--|
| CAPITAL                   | 13.000.000 |  |  |  |
| Pasivo/Naturaleza Capital | 5.000.000  |  |  |  |
| Resultados del ejercicio  | 2.670.000  |  |  |  |

|                          |          |  |  |  |
|--------------------------|----------|--|--|--|
| <b>ACTIVO INTANGIBLE</b> | -600.000 |  |  |  |
|--------------------------|----------|--|--|--|

**AJUSTES POR VALORACION**

|                                   |          |  |  |  |
|-----------------------------------|----------|--|--|--|
| Deterioro de Valor C.Dispo. Venta | -250.000 |  |  |  |
| Diferencias de Cambio             | -820.000 |  |  |  |

|                             |                   |  |  |  |
|-----------------------------|-------------------|--|--|--|
| <b>TOTAL FONDOS PROPIOS</b> | <b>19.000.000</b> |  |  |  |
|-----------------------------|-------------------|--|--|--|

La *ratio* de solvencia sería  $19.000.000 / 206.291.456 = 9,2\%$

Con lo que se puede concluir que la sucursal estaría correctamente capitalizada, pues su ratio de solvencia es superior al 8% exigido por la norma.

Los elementos de la estructura de Fondos Propios de la entidad financiera del ejemplo 1 anterior, que no se han considerado en el EP han sido los siguientes:

- Dividendo Repartido y Reservas; por lo que se refiere al primero, no aparece nunca en el Balance del EP, por razones obvias, en cuanto a la segunda, es posible que las Reservas no figuren en el Balance del EP, pero si es bastante habitual encontrar la rúbrica de beneficios de ejercicios anteriores, que no hayan sido repatriados a la CC.
- En cuanto a los pasivos emitidos con naturaleza de capital, la emisión se hace por la entidad financiera, pero no existe ningún obstáculo para que una parte de la financiación obtenida, o toda ella se afecta a la actividad del EP, a título de dotación de capital, por tanto este elemento se puede encontrar tanto en el balance de la CC como en el de el EP.

Una vez cubierta la cuantía de recursos propios mínimos que necesita el EP para atender su actividad, el exceso de financiación puesto a disposición del EP por parte de su CC podría calificarse como préstamo y retribuirse en consecuencia.

Por último, también cabría incluir como en el caso recogido en el ejemplo 1, elementos que reduzcan los fondos propios, esto es, entre otros:

- Activo Intangible.
- Ajustes por Diferencias de valoración.

En el caso de que la cifra de recursos propios mínimos no estuviese contabilizada en sede del EP, la misma estaría contabilizada en sede de la CC, habiéndose calculado los recursos propios globales de la entidad financiera conforme a las pautas indicadas en el ejemplo 1 anterior.

## **2.6. CONCLUSIONES.**

Este Capítulo se ha dedicado a los EP en España de entidades financieras autorizadas en el extranjero, señalando las diferencias que se dan en la constitución de entidades financieras autorizadas en España y en la constitución de sucursales, así como, destacando el papel que juega en la actividad de las entidades financieras, en general, el “capital propio” o “capital libre”, magnitud controlada, respecto de las entidades autorizadas en España, por el Banco de España y en un futuro muy próximo, en el marco del Mecanismo Único de Supervisión, por el Banco Central Europeo que se apoyará en el Banco de España.

Por lo que se refiere a las sucursales de entidades autorizadas en la Unión Europea y en determinados Estados terceros, la norma prevé que las mismas puedan trabajar en España, sin necesidad de “dotación de capital”, capital que hemos dicho tiene su CC para dar cobertura a todas las operaciones realizadas por la entidad financiera a través de sus distintas divisiones y por tanto, a través del EP en España, siendo el Organismo supervisor del Estado de autorización el encargado de su verificación y control hasta que entre en funcionamiento el Mecanismo Único de Supervisión, en que se realizará por el Banco Central Europeo con la colaboración de dicho Organismo nacional.

Por último, se han elaborado dos ejemplos de cálculo de requerimientos mínimos de recursos propios para una entidad autorizada en España y para un EP – considerado de manera aislada e independiente de su CC-, con el fin de poner de

manifiesto la estructura de pasivo de mercado –Recursos propios y Recursos Ajenos– que debe tener una entidad financiera, así como cualquier división de la misma<sup>213</sup>.

La capitalización o asignación de capital libre a las sucursales o EP, en el Estado de situación en la forma anteriormente expuesta es determinante para asociar al EP gasto por intereses por el uso de capitales ajenos de mercado y por tanto para cuantificar adecuadamente con criterio económico la retribución de los factores de producción del mismo.

---

<sup>213</sup> Lo cierto es que cuando se capitaliza un EP, lo razonable no es considerarle de manera aislada, sino formando parte de la entidad; de hecho las operaciones entre ellos se consideran a riesgo cero, ya que el *rating* del EP es el mismo que el de la entidad de la que forma parte.







## **CAPÍTULO 3.**

### **ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.**

#### **Sumario.**

3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. ARGUMENTOS QUE AVALAN LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 3.3. CUANTIFICACIÓN DE LA CIFRA DE CAPITAL LIBRE. MÉTODOS. 3.3.1. Método de Imputación de Capital. 3.3.2. Método de Imputación de Capital Económico. 3.3.3. Método de Subcapitalización. 3.3.4. Método de *Safe Harbour* o *Quasi* subcapitalización. 3.4. ELECCIÓN DE MÉTODO PARA ATRIBUIR CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 3.5. AJUSTE EN CONCEPTO DE INTERESES NO DEDUCIBLES POR LA UTILIZACIÓN DE CAPITALES AJENOS. ESTADO DE LA FUENTE. 3.5.1. Ejemplo numérico. 3.5.2. Normas de cobertura para practicar el ajuste. 3.5.2.1. Normas de cobertura internas. 3.5.2.2. Normas de cobertura convenida. 3.6. AJUSTE EN EL ESTADO DE RESIDENCIA. 3.6.1. Ejemplo numérico. 3.6.2. Posición del Estado de residencia ante el ajuste practicado en el Estado de la fuente. 3.6.3. Normas de cobertura. 3.6.3.1. Normas de cobertura comunitaria. 3.6.3.2 Normas de cobertura convenidas. 3.7. AJUSTES MEDIANTE PROCEDIMIENTO AMISTOSO. 3.7.1 Norma comunitaria. 3.7.2. Norma convenida. 3.7.3. Norma interna. 3.8. ASIGNACIÓN DE CAPITAL A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES CUANDO LA ENTIDAD FINANCIERA AUTORIZADA EN UN ESTADO COMUNITARIO TIENE SUCURSALES Y FILIALES EN ESTADOS COMUNITARIOS Y NO COMUNITARIOS. 3.9. EFICACIA TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES. ¿NUEVO CRITERIO DE

INTERPRETACIÓN?. 3.9.1. Informe OCDE (1984), “La imposición de las empresas bancarias multinacionales”. 3.9.2. Informe OCDE (1993), “La atribución de rentas a establecimientos permanentes”. 3.9.3. Norma interna. 3.9.4. Norma convenida. 3.9.4.1 Modelo Convenio OCDE, Versión (2005). 3.9.4.2. Modelo Convenio OCDE. Versión (2008). 3.10. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA Y PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES DE JUSTICIA. 3.10.1. Actuaciones de la Administración Tributaria 3.10.1.1. Actuaciones de Comprobación. 3.10.1.2. Tribunales Administrativos y de Justicia. 3.10.1.3. Acuerdos Previos de Valoración. 3.10.1.4. Procedimientos Amistosos. 3.11. CONCLUSIONES.

### **3.1. INTRODUCCION.**

En el Capítulo 2 anterior, apartados 2.2.2. y 2.2.3., se ha mencionado la posibilidad de que EP de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea e incluso en Estados terceros puedan desarrollar su actividad en el sector financiero español, sin necesidad de que en sus registros contables aparezca anotada una determinada cifra de capital. Este modo de conducirse aparece avalado, como hemos tenido oportunidad de comprobar, por la normativa bancaria europea, Directiva 2013/36/CE<sup>214</sup>, y por la Circular 3/2008, de 22 de enero, del Banco de España, que en su redacción modificada recoge los criterios de la Directiva<sup>215</sup>, ambas normas permiten a los EP de entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea trabajar en España sin dotación de capital, amparados por la dotación de capital de su CC –los EP de entidades autorizadas en Estados terceros también disfrutan de este mismo trato, pero siempre a condición de reciprocidad-. Por ello no resulta extraño que algunos EP situados en España no tengan reconocida dotación de capital en libros, o que la dotación reconocida sea a todas luces insuficiente para llevar a cabo su actividad crediticia, si consideráramos a dichos EP totalmente desvinculados de su CC.

---

<sup>214</sup> Artículo 17.

<sup>215</sup> Norma primera, Apartado 5.

Sin embargo en clave fiscal, resulta necesaria la asignación de capital libre, para garantizar que la atribución de beneficios a EP se realice con arreglo al principio de libre competencia<sup>216</sup>.

### **3.2. ARGUMENTOS QUE AVALAN LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A EP**

En este apartado se analizarán los argumentos que avalan la atribución de “capital libre” –fondos propios cuya retribución no genera deducibilidad a los efectos del Impuesto sobre beneficios- a EP, hecho que trata de solventar los problemas que provoca la ausencia de dotación contable de capital de los EP de entidades bancarias en claves económica y fiscal, realizando previamente un somero comentario acerca del capital del EP, elemento patrimonial que sabemos tiene la entidad financiera, de la que el EP es una división.

La pregunta que nos sugiere una situación de ausencia de capital, como la descrita, es, si a partir de un balance de un EP en el que no aparezca inscrita una dotación de capital puede interpretarse que tal EP carece de capital.

En nuestra opinión, si un EP situado en España, al amparo de la normativa bancaria, no tiene anotado en balance la cuenta de capital, ello no debe llevar a la conclusión definitiva de que dicho EP carece de capital. El EP como departamento, brazo, división o, como quiera denominarse de la entidad financiera de la que es parte, dispone de capital. De hecho, el mandato de la norma comunitaria es que el consumo de recursos propios mínimos de la entidad debe calcularse a nivel consolidado, por tanto todos las funciones, activos y riesgos asumidos por la operatoria del EP, así como todas las funciones, activos y riesgos asumidos por el resto de unidades de la CC tienen el respaldo de los recursos propios de la entidad anotados en los registros contables de la CC.

Si ello sucede de esta forma, podríamos decir que la CC tiene a su disposición en su contabilidad unos recursos propios superiores a los exigibles en la norma –

---

<sup>216</sup> Ver Párrafos 39, 52, 85, 86 y 88 Parte II Informe OCDE (2010). Párrafos 40, 53, 85, 86 y 89 Parte II Informe OCDE (2008).

superiores, si consideramos aisladamente la actividad de la CC-, habida cuenta que tiene los recursos que le hacen falta a ella y los que le hacen falta a su EP en España. Esto significa que la CC, para desarrollar sus actividades, acude en menor proporción que el EP al endeudamiento externo, lo que motiva un menor gasto financiero para la CC y por tanto un mayor beneficio y una mayor base imponible en el terreno fiscal en sede de residencia –siempre que consideramos aisladamente a la CC-, justo lo contrario de lo que sucede en el EP en el Estado de localización.

Por tanto, el escenario descrito lleva implícito que el pasivo del balance individual del EP tenga anotada una partida en concepto de recursos ajenos superior a la que realmente tiene de derecho por normativa bancaria. De aquí se deriva la consecuencia inmediata, que no es otra que el EP tiene inscrita en su cuenta de pérdidas y ganancias una cifra en concepto de gasto por intereses por el uso de capitales ajenos superior a la que se deduciría de este balance individual con una composición de pasivo acorde con la normativa bancaria. Pues bien, se trataría de que a la hora de atribuir beneficios al EP se asignase una cifra de intereses por el uso de capitales ajenos determinada de acuerdo con el principio de plena competencia.

Partiendo del hecho de que el EP en España dispone de recursos propios mínimos, en los términos exigidos en la normativa bancaria en vigor, debería confeccionarse un “Balance Fiscal” del EP que reflejase una cifra de capital libre suficiente para desenvolver su actividad, en base a los siguientes argumentos:

1. La contabilidad del EP carente de dotación de capital o con déficit del mismo no refleja la imagen fiel de su patrimonio, ni su resultado económico o lo que es su equivalente, el valor añadido como consecuencia de las funciones que realiza bien en España, o en terceros países, a través de los medios personales y materiales de que dispone en España.

Para comprobar este hecho, debería ser suficiente comparar el patrimonio y el resultado del EP con el patrimonio y el resultado de la CC, en cuyos libros contables aparece anotada una dotación de capital suficiente para respaldar tanto los riesgos asumidos por la CC, como los riesgos asumidos por todos y cada uno de los EP dependientes de ella. Al intentar realizar esta tarea, veríamos que los

datos de partida no son homogéneos, de ahí que para hacer cualquier análisis o comparativa de resultados de las diferentes divisiones de una entidad – en este caso, entidad financiera- tendría que partirse de datos comparables u homogéneos. Esto es, la situación de partida debe ser idéntica para todas las divisiones de la empresa. A nadie se le escapa que, en la medida en que a una de estas divisiones no se le compute la materia prima o el consumo de luz o en fin, cualquier otro recurso que participe en su ciclo productivo, la comparación de resultados con otra parte de la empresa que sí compute dichas partidas, obviamente no puede arrojar un resultado coherente. Cualquier *ratio* que tratemos de calcular con estos números no puede proporcionarnos información acerca de la eficacia de las divisiones o centros de coste implicados, por tanto en estas condiciones no se puede tomar ninguna decisión a los efectos de reorientar la empresa en su conjunto. En resumen, si queremos hacer una comparativa o estudio de la eficacia que desarrolla cada una de las partes de la empresa, el paso previo es homogeneizar la información y este sería el momento adecuado para dimensionar una cifra de capital para el EP y asignar dicha cifra al mismo desde el punto de vista económico.

De la misma forma que se le imputan al EP unos gastos en concepto de dirección y administración, gastos que pueden perfectamente estar anotados solo en la contabilidad de la CC, y cuyo argumento para justificar la imputación al EP reside en que los mismos impactan positivamente en la actividad del EP<sup>217</sup> – puede trabajar con mayor rendimiento- y en fin, de la misma forma en que cualquier otro tipo de gasto que realiza la CC para los fines del EP se le repercuten –puesto que al contribuir a mejorar la eficiencia del EP deben considerarse gastos económicos del mismo y este es el argumento clave para que el EP los asuma-, debería considerarse el impacto de todos los factores de la producción, entre ellos el capital. A nuestro parecer, al no tener en cuenta este dato, la contabilidad del EP no puede proporcionarnos el reflejo de la imagen fiel ni del Patrimonio del EP, ni del resultado económico del EP, sin que ello signifique en modo alguno, que la llevanza de la contabilidad sea incorrecta, ya

---

<sup>217</sup> Ver Capítulo 1 “Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes situados en España”, apartado 1.5.1.”Clasificación de las operaciones realizadas entre Casa Central y Establecimiento Permanente”, en el que se aborda este tema con mayor detalle.

que la ausencia de capital aparece avalada, como ya hemos comentado, por normativa bancaria.

De ahí que resulte imprescindible dimensionar el capital mínimo del EP, con el objetivo de determinar la cifra de financiación ajena que necesita el EP. Cumplida esta premisa, se podrían comparar, ahora sí, los patrimonios y resultados de la CC y del EP situado en España.

2. La ficción de considerar al EP como si fuese una entidad hipotéticamente distinta e independiente de su CC no puede funcionar.

En principio, debería ser suficiente para justificar la atribución de capital al EP la evidencia de que ninguna entidad independiente puede funcionar sin cifra de capital suficiente<sup>218</sup> y en buena lógica, si hemos partido de la ficción de considerar al EP como una entidad separada de su CC –como predica el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010)- para dar paso al “principio de libre competencia” cuando se atribuyen ingresos y gastos al EP, estimamos que para que este esquema funcione con un mínimo de coherencia, hemos de dar al EP una estructura de balance de mercado y para ello no es suficiente “atribuir” solo activos y pasivos –recursos ajenos- a la hipotética empresa separada que se supone que es el EP, debe atribuirse también una cifra de “capital libre”.

Ni que decir que esta atribución “económica” y “fiscal” de capital al EP está respaldada por el capital jurídico de la CC. Por ello, entendemos que el EP tiene capital y su actividad disfruta de la cobertura del mismo, solo que dicho capital no aparece en los libros contables del EP, sin embargo, la contabilidad de la CC debería permitirnos cuantificar la cifra de capital del EP.

Si se divide una sociedad en diferentes centros de costes o divisiones, y se pretende que cada centro de costes -aún siendo parte de un todo- trabaje de manera independiente, deberíamos dividir el activo, el pasivo y el capital de la empresa en tantas partes como centros de costes queramos constituir y adscribir

---

<sup>218</sup> Ver Capítulo 2 “Establecimientos Permanentes de Entidades Financieras”, apartados 2.4. “El Capital y sus funciones” y 2.5. “El Capital en las entidades financieras”.



los citados elementos patrimoniales a cada centro de costes, considerando las funciones que debe ejecutar cada uno de ellos. A partir de este momento las operaciones entre los diferentes centros de costes se asimilarían a operaciones con terceros.

Dicho de otro modo, es preciso asignar los factores de la producción a cada centro de costes, de acuerdo con las funciones que ejecuta y así se desprende del artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010) y de los Comentarios 21 y 22<sup>219</sup> al mismo, cuyos literales están en consonancia con los Párrafos 13 y siguientes Parte I y 46 y siguientes Parte II del Informe OCDE (2010)<sup>220</sup> que se refieren al “análisis funcional y factual” que debe realizarse para atribuir beneficios al EP desde el enfoque de “empresa distinta e independiente” de su CC.

Al hilo de lo expuesto en el número 1 anterior y enlazando con el principio de “entidad funcionalmente independiente” que predica el Párrafo 8, Parte I del Informe OCDE (2010)<sup>221</sup>, para el EP respecto de su CC, es evidente que para hacer esta ficción, al EP hay que proporcionarle en sentido económico –que no jurídico- todo lo que necesitaría si realmente fuese una entidad separada de su CC.

Reproducimos el texto del Párrafo 14, Parte I del Informe OCDE (2010)<sup>222</sup>, como resumen de lo expuesto: “... *Por tanto, en aplicación del principio de plena competencia del artículo 7, es necesario desarrollar un mecanismo para atribuir los riesgos, la propiedad económica de activos*<sup>223</sup> *y capital al EP hipotéticamente distinto e*

---

<sup>219</sup> Comentario 18 en la versión Modelo OCDE (2008).

<sup>220</sup> Párrafos 16 y siguientes, Parte I y 47 y siguientes Parte II del Informe OCDE (2008).

<sup>221</sup> Párrafo 9, Parte I del informe OCDE (2008).

<sup>222</sup> Párrafo 17, Parte I del Informe OCDE (2008).

<sup>223</sup> Ver la nota a pie de página relativa al Párrafo 14, Parte I del Informe OCDE (2010): “*A los efectos del presente Informe y en el marco del artículo 7, la propiedad económica de los activos se entenderá como el equivalente a la propiedad a los fines del impuesto sobre la renta para una empresa separada, con los beneficios y cargas que comporta ( por ejemplo, el derecho a la renta derivada de la propiedad del activo, como por ejemplo los cánones; el derecho de amortización de un bien amortizable; y la posibilidad de obtener ganancias o de sufrir pérdidas por razón de la plusvalía o depreciación de un activo)*”. En idénticos términos encontramos la nota a pie de página del Párrafo 17, Parte I del Informe OCDE (2008). El concepto de propiedad económica aplicado a los activos financieros se recoge en el Párrafo 16, Parte II del Informe OCDE (2010) y en el Párrafo 17, Parte II del Informe OCDE (2008).

*independiente, para asociar a este EP los derechos y obligaciones derivados de las operaciones entre empresas independientes y la empresa de la que el EP forma parte y para reconocer y determinar la naturaleza de las “operaciones internas” (es decir, el equivalente interno a las operaciones realizadas entre empresas independientes) entre el EP hipotéticamente independiente y las restantes partes de la empresa de la que forma parte ”.*

De la misma forma que en el Informe OCDE (2010) y (2008) y en los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE se diferencia entre propiedad jurídica de los bienes –que corresponde a la entidad financiera en su conjunto- y propiedad económica de los mismos –que corresponde a la parte de la entidad que toma las decisiones en la gestión de los bienes y en la asunción de los riesgos derivados de la misma-, se puede hablar de capital jurídico de la entidad financiera –que corresponde a la empresa en su conjunto- y de capital económico –que es el que debe asignarse a cada una de las partes o divisiones de la entidad financiera para que puedan desenvolver las funciones que se le han encomendado-.

3. El EP tiene diferente trato fiscal que una sociedad filial, residente en el Estado de situación.

Si avanzamos un paso en este análisis y partiendo de las cuentas de activo y de orden deducidas de la contabilidad del EP, hiciésemos la ficción de que estas cuentas fuesen idénticas a las presentadas por una sociedad residente y constituida en España –filial de la CC-, y a renglón seguido, estableciésemos la comparación entre las cuentas de pasivo del EP y de la sociedad filial, encontraríamos que a diferencia de las cuentas de activo del balance y de las de orden -iguales en ambos casos- las del pasivo del balance serían diferentes, ya que en el caso del EP todo el pasivo –en el caso más extremo de ausencia total de capital- estaría formado por financiación ajena, en tanto que el de la sociedad residente en España, vendría integrado por recursos propios, al menos en un 8% del importe de las cuentas de activo y de orden ponderado en función del riesgo que acompaña a las diferentes partidas<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Recursos propios mínimos exigidos por la norma española, según la norma cuarta de la Circular 4/2014, de 31 de enero, que sigue lo dispuesto en los artículos 92 y 465 del Reglamento (UE) 575/2013.

En este escenario si los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de la entidad filial y del EP, así como los plazos, garantías, coberturas, riesgos, etc. de las mismas fuesen exactamente iguales, parece que la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad residente tendría una partida de gastos por intereses de capitales ajenos menor que la cuenta de pérdidas y ganancias del EP, de donde se sigue que en igualdad de condiciones, el resultado contable, el resultado económico y la base imponible de la sociedad residente serían mayores que el resultado contable, el resultado económico y la base imponible del EP.

Esta diferencia trae causa de que el resultado económico de la sociedad está ponderado en la vertiente de gastos financieros por los requerimientos de recursos propios mínimos exigidos por la normativa bancaria, que equilibran el pasivo del balance, garantizando que los gastos financieros anotados en contabilidad retribuyen una masa de recursos ajenos de plena competencia.

Si el EP puede trabajar en el mercado de la misma forma que la sociedad residente en España, y es evidente que así lo hace, es porque el capital anotado en las cuentas de la CC está respaldando su actividad, por tanto las funciones del EP deberían estar retribuidas en la misma medida que las funciones de la sociedad filial. En el caso contrario, esto es cuando la retribución de las funciones del EP resulta inferior a las de la filial, es claro que las funciones del primero no se están retribuyendo con arreglo al principio de libre competencia y ello ha sucedido de esta forma porque la dirección de la CC ha distribuido de manera artificial los factores de la producción, dicho de otra forma: las relaciones tan especiales entre CC y EP han incidido en las características y estructura del balance del EP, concretamente en la dimensión de su capital –insuficiente para llevar a cabo su misión- y en el volumen de su endeudamiento –exagerado, si se compara con el de empresas similares-, a ello hemos de añadir

---

Las entidades afectadas por la Recomendación EBA 2013/03, deben mantener como mínimo el nivel nominal de recursos propios al que vinieron obligadas, a 30 de junio de 2012, por aplicación de la Recomendación EBA 2011/01.

que dicho volumen de endeudamiento, desde nuestro punto de vista, no hubiera podido obtenerse de terceros, solo con el aval de su propio balance.<sup>225</sup>

Llegados a este punto del análisis, deberíamos preguntarnos si los principios de “libertad de establecimiento” –artículo 43 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes 52 del Tratado de Roma- y de “no discriminación”- artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes 6 del Tratado de Roma y artículo 24 del Modelo OCDE- que se han venido defendiendo a ultranza con el saludable propósito de que las rentas obtenidas a través de un EP en el Estado de situación no fuesen tratadas de manera diferente a las de cualquier filial residente, no se han vulnerado, en este caso, desde la perspectiva de las sociedades filiales residentes que ven, como en igualdad de condiciones, su fiscalidad resulta más costosa.

De ahí que posiblemente sea necesario dibujar el pasivo del EP a efectos económicos y fiscales, teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas y, a partir del nuevo mapa calcular el resultado económico del EP y su base imponible a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

4. La normativa bancaria comunitaria –Directiva 2013/36/UE y Reglamento (UE) 575/2013- no puede colaborar a deslocalizar bases imponibles en el Estado de ubicación del EP.

La normativa bancaria comunitaria al imponer a las entidades financieras la obligación de tener una “*ratio* de solvencia” mínima, lo está haciendo con el objetivo de asegurar la correcta financiación de los activos y de los compromisos y riesgos asumidos por la entidad, para garantizar el equilibrio entre las dos masas patrimoniales del balance de las entidades; a su vez esta cifra mínima de capital ha de responder de las posibles pérdidas que se puedan producir en el curso de la actividad financiera desarrollada por la entidad en su conjunto, esto

---

<sup>225</sup> Párrafos 2.4 y 3.65 de OCDE (1995). Párrafo 99 Parte I del Informe OCDE (2010), Párrafo 130, Parte I del Informe OCDE (2008). Todos ellos se refieren a la deslocalización de factores de producción.

es, tanto de las actividades que realiza la CC como de las que realizan los diferentes EP.

Dado que el objetivo de la armonización de la normativa bancaria en el Espacio Comunitario fue *la consecución de un mercado interior, bajo el doble aspecto de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios, en el sector de las entidades de crédito*<sup>226</sup>, se eliminaron todas las trabas que pudieran impedir su cristalización. Así, la licencia concedida a una entidad financiera en un determinado Estado, permite a dicha entidad trabajar en cualquier otro Estado de la Unión Europea a través de la figura de la sucursal, sin necesidad de autorización adicional por parte del mismo y sin necesidad de dotación de capital<sup>227</sup>. De otro lado, se centralizó la supervisión de la *ratio* de solvencia en el Organismo supervisor del Estado de origen o autorización de la entidad financiera, que cuenta para desempeñar esta tarea, con la colaboración del Organismo Supervisor del Estado de acogida.

En nuestra opinión, el balance del EP construido sin dotación de capital o con una dotación claramente insuficiente –al amparo de la normativa bancaria europea, transpuesta a todos los Estados miembros- y la cuenta de pérdidas y ganancias que acompaña a dicho balance no proporciona, como venimos defendiendo, el resultado económico real del EP en el Estado de situación, como tampoco el balance de la CC y su cuenta de pérdidas y ganancias –también elaborados con arreglo a normativa bancaria europea, esto es con la cifra total del capital- suministran el resultado económico real de la CC en residencia.

Ahora bien, una cosa es que no se exija dotación de capital al EP en el Estado de situación y otra muy diferente es que se impida tal dotación. Desde nuestro punto de vista, la norma no impide que el balance del EP en el Estado de situación tenga anotada una cifra de capital “suficiente” o “acorde” con las funciones que desenvuelve, y de hecho viene sucediendo de este modo en

---

<sup>226</sup> Directiva 2006/48/CEE, Preámbulo, número 3. Similar redacción se encuentra en la Directiva 2013/36/UE, Preámbulo, número 5.

<sup>227</sup> Ver Capítulo 2, apartado 2.2 “Constitución de entidades financieras y de sucursales”, en el que se analiza este tema con referencia a las normas que permiten la ausencia de dotación de capital en el EP, artículo 17 de la Directiva 2013/36/UE y norma primera, apartado 5 de la Circular 3/2008, de 22 de enero.

algunos casos. Este balance y la cuenta de pérdidas y ganancias a él anudada reflejarían, ahora sí, la renta económica y fiscal del EP con mayor exactitud que el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias aludidos en el párrafo anterior.

De lo expuesto anteriormente, debe seguirse que la normativa bancaria no puede influenciar la renta fiscal, ni económica del EP en el Estado de situación, máxime cuando tal normativa no exime al EP de cumplir los requerimientos de capital mínimo, solamente le autoriza a no tenerlos anotados en su Balance – balance que es parte del balance global de la entidad-, por tanto si el EP tiene capital, parece lógico que se construya su renta económica y fiscal considerando este importante parámetro de su balance.<sup>228</sup>

#### 5. Compatibilidad de la atribución de Capital libre a EP con la norma fiscal.

En los epígrafes precedentes hemos tratado de justificar que el EP financiero debe tener asignada “económica y fiscalmente” dotación de capital en el Estado de situación, de no hacerse de esta forma se estaría vulnerando el contenido del artículo 7 del Modelo OCDE (2010), punto 2 y asimismo el de los artículos 15.1 y 2 y 18.1.c) y 2 del TRLIRNR, por los siguientes motivos:

- a. No se ha considerado al EP en las relaciones con su CC como si fuera una entidad separada.
- b. No se ha aplicado el principio de libre competencia en la atribución de beneficios al EP, concretamente en la esfera de las operaciones financieras realizadas entre CC y EP, ya que no ha habido deslinde efectivo entre las masas patrimoniales de capital propio y recursos ajenos.

---

<sup>228</sup> Ver Párrafos 87 y 88 Parte II del Informe OCDE (2010), que vienen a decir como la atribución de un importe de capital libre de plena competencia en el plano fiscal, colabora con la atribución de beneficios de plena competencia, aún cuando no se haya asignado capital libre al EP a los efectos reguladores. En el mismo sentido Párrafo 116 Parte I del Informe, de hecho este Párrafo es más explícito que los aludidos, en cuanto considera que de no proceder en esta forma, los beneficios del EP no serían de plena competencia y además se ofrecerían posibilidades de evasión fiscal. Párrafos 88 y 89 Parte II y 150 Parte I del Informe OCDE (2008) respectivamente.

c. Se ha permitido por vía indirecta la deducción de la retribución de los capitales propios.

d. No se ha aplicado el principio de vinculación funcional respecto de un importante factor de la producción, cual es el capital.

Una vez asignada dotación de capital al EP, estaríamos en condiciones de cuantificar tanto el importe de deuda que equilibraría el pasivo del balance, como la cifra de gastos por intereses por el uso de capitales ajenos deducibles en el Estado de la fuente, magnitud que obviamente de no hacer el ejercicio indicado estaría sobredimensionada.

A partir de estos datos, se haría un ajuste extracontable positivo sobre el Resultado contable del EP que se materializaría en un menor gasto por intereses por el uso de capitales ajenos, con plena incidencia fiscal. El nuevo resultado del EP, ahora sí, reflejaría el resultado económico del mismo, entendiendo por tal la tasa de retorno que retribuye razonablemente los factores de la producción. La cobertura para practicar este ajuste reside en que una parte del pasivo del EP debería recalificarse como capital propio.

De no realizarse esta operación, se estaría validando que el EP en España dedujera, de manera indirecta a nivel de Impuesto sobre la Renta de No Residentes, la retribución de los capitales propios, hecho prohibido por el artículo 18.1.c) del TRLIRNR.

En definitiva, solo si dotamos al EP de una cifra de capital adecuada para apoyar las funciones que le han sido encomendadas, los activos que posee “económicamente” y los riesgos que asume, se puede asegurar que la atribución de beneficios al EP se ha realizado siguiendo el principio de libre competencia<sup>229</sup> y ello, sin duda, colaboraría en la retribución razonable de las funciones del EP.

---

<sup>229</sup> Párrafos 28 Parte I y 84 Parte II del Informe OCDE (2010), Párrafos 31 Parte I y 86 Parte II del Informe OCDE (2008), respectivamente.

### 3.3. CUANTIFICACION DE LA CIFRA DE CAPITAL LIBRE. METODOS.

Este tema, como el tratado en el apartado 3.2 anterior, al que se encuentra íntimamente ligado, viene siendo objeto de intenso debate desde hace tiempo, como se puede comprobar si se revisan los trabajos realizados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE<sup>230</sup>.

En todos estos documentos se han manejado prácticamente las mismas fórmulas para atribuir capital a los EP y asimismo se ha insistido en que no hay una fórmula mágica para resolver este problema, habida cuenta que cada método tiene puntos fuertes y puntos débiles, de ahí que resulte más conveniente trabajar en aras de encontrar un rango, en cuyo arco pueda situarse la cifra de capital, que buscar una única cifra<sup>231</sup>.

El Informe OCDE (2010) considera que la atribución de “capital libre” al EP debe realizarse con arreglo al principio de libre competencia, como presupuesto necesario para garantizar que la atribución de beneficios al mismo respeta los requisitos previstos en el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010). Este es el sentido de los Párrafos del Informe OCDE (2010) que se reproducen a continuación:

Párrafo número 30, Parte I.

*La atribución de capital “libre” debe efectuarse conforme al principio de plena competencia a fin de garantizar una atribución justa y adecuada de beneficios al EP. El objeto de esta atribución es el de justificar la atribución de beneficios al EP en virtud del artículo 7(2). El Informe cita numerosos criterios posibles para la aplicación práctica de este principio, partiendo del hecho de que la atribución de capital “libre” al EP no es una ciencia exacta, y que los hechos y circunstancias propias del caso pueden generar un rango de plena competencia en lo que concierne al capital “libre” atribuible a un EP, y no a una única cifra. Los criterios autorizados de atribución de capital “libre” se basan en una hipótesis común, a saber, que una de las condiciones*

---

<sup>230</sup> Ver Informe OCDE, La imposición de las empresas bancarias multinacionales (1984), así como consideraciones especiales para aplicar la Hipótesis de Trabajo Informe OCDE (2002), Informe OCDE (2008) e Informe OCDE (2010).

<sup>231</sup> Párrafos 31, Parte I y 32 y 33, Parte II de Informe OCDE (2010), Párrafos 34, Parte I y 33 y 34, Parte II de Informe OCDE (2008), respectivamente.



*inherentes al EP es el hecho de que su clasificación crediticia es normalmente la misma que la de la empresa de la que forma parte*<sup>232</sup>.

Párrafo número 52, Parte II.

*Como se ha visto en el apartado B-4(v), la atribución de capital “libre” puede afectar notablemente al importe de los beneficios atribuidos al EP. Por tanto, es importante que la atribución de capital se lleve a cabo conforme al principio de plena competencia, a fin de asegurar una atribución correcta de beneficios al EP. En virtud del principio de plena competencia, un EP bancario, como cualquier otro EP, debe tener capital suficiente para afrontar las funciones que desarrolla, los activos que utiliza y los riesgos que asume. El Informe describe una serie de diferentes criterios posibles para la aplicación de ese principio, admitiendo que la atribución de capital a un EP no es una ciencia exacta, y que cualquier hecho y circunstancia del caso puede originar un intervalo de resultados de plena competencia y no una única cifra*<sup>233</sup>.

El Informe OCDE (2010) en los Párrafos 97 y siguientes, Parte II<sup>234</sup>, para llevar a cabo esta tarea, propone, aún reconociendo su dificultad y complejidad, tres métodos autorizados y un cuarto método alternativo –recogido en el apartado 3.3.4 de este Capítulo-, que si bien no está calificado como autorizado, “*puede resultar aceptable como régimen de protección, ya que no origina una atribución de beneficios al EP que exceda del rango que resultaría de la aplicación de uno de los criterios autorizados por la OCDE para atribuir capital de plena competencia*”<sup>235</sup>. Estos métodos son los siguientes:

3.3.1. MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE CAPITAL. Párrafos 98/105, Parte II Informe OCDE (2010)<sup>236</sup>.

Este método atribuye el “capital libre” real de la entidad financiera, para ello, primero atribuye activos al EP; y, en un segundo paso, pondera dichos activos por su riesgo, aplicando los criterios estandarizados contemplados en el Acuerdo de Capital de Basilea. Y así, cuantifica la cifra de “capital libre” del EP sobre la base del cociente de

---

<sup>232</sup> Párrafo 33, Parte I Informe OCDE (2008)

<sup>233</sup> Párrafo 53, Parte II Informe OCDE (2008)

<sup>234</sup> Párrafos 98 y siguientes Parte II Informe OCDE (2008).

<sup>235</sup> Párrafo 113 Parte II Informe OCDE (2010). Párrafo 114 Parte II Informe OCDE (2008).

<sup>236</sup> Párrafos 99/106 Parte II Informe OCDE (2008).

los activos ponderados en función del riesgo de que dispone el EP, frente a la totalidad de los activos ponderados en función del riesgo de la entidad financiera considerada en su totalidad, de manera que en el caso de que el EP dispusiese del 25% de los activos totales de la entidad ponderados en función de su riesgo, la aplicación de este método llevaría a asignar al EP el 25% del “capital libre” del banco.

Por lo que se refiere a los criterios de ponderación, este método admite que se utilicen tanto las disposiciones estandarizadas contempladas en el Acuerdo de Capital de Basilea, como los criterios asumidos por los modelos propios o internos de que disponga el banco.

La atribución de capital siguiendo este método, dado que considera las diferentes funciones realizadas por las divisiones de la entidad, puede resultar muy adecuado, siempre que las diferencias que se observen en las actividades desarrolladas por la CC y los EP: banca de inversión, banca privada, banca minorista, o las que se dan en las condiciones que gobiernan el mercado en que trabajan cada uno de ellos: mercado protegido -los bancos operan con altas cifras de capital libre-, –mercado competitivo -se permite que las entidades bancarias operen con niveles de capital libre muy próximos al mínimo regulador-, puedan evaluarse en clave de riesgos<sup>237</sup>. Se recuerda que cada categoría de riesgos demanda un consumo de recursos propios mínimo diferente, de ahí que los mismos deban evaluarse con cierto rigor.

Cuando estas diferencias no puedan traducirse a riesgos, es absolutamente necesario realizar correcciones y ajustes en la cifra de capital, al objeto de conciliar dicha cifra con el principio de plena competencia.

Para que la aplicación de este método rinda servicio al principio de plena competencia, es claro que se debe distribuir el capital total de la entidad financiera y no solo el capital regulador –capital mínimo exigido por la norma bancaria-, por tanto si partimos de los mismos conversores de riesgo para ponderar los activos y pasivos contingentes de la CC y de los EP, se puede afirmar que este método es sencillamente un reparto proporcional del capital de la entidad financiera entre sus diferentes centros

---

<sup>237</sup> Ver Informe OCDE (2010), Parte II, Párrafo 102, en el Informe OCDE (2008) Parte II, Párrafo 103.

de trabajo. Esto significa que si la entidad a nivel consolidado está capitalizada en sus niveles mínimos, todos y cada uno de sus centros de trabajo o divisiones estarán capitalizados de esta manera, en tanto que si la entidad está capitalizada por encima de los mínimos exigidos en la normativa bancaria, también estarán capitalizados de igual manera todos sus centros de trabajo.

No obstante ser un método sencillo, pueden darse situaciones que compliquen su aplicación práctica, entre otros, pueden plantearse los siguientes problemas:

- ¿Como se tratan los excedentes temporales como consecuencia de la transmisión de un activo fijo que genera un beneficio extraordinario?. Aquí pueden haber dos posibles soluciones: a) Si el beneficio no está comprometido de antemano en alguna inversión, puede distribuirse como capital entre las divisiones de la entidad financiera. b) En caso de que dicho beneficio se haya comprometido mediante un acuerdo vinculante, para adquirir un activo o para distribuir dividendos, el capital debería segregarse<sup>238</sup>.
- Si aceptamos el hecho de que puedan existir diferencias desde el punto de vista regulatorio en la definición de “capital” entre el Estado de origen y el Estado receptor, ello puede conducir a la hora de la distribución del total capital real de la entidad a que las diferentes divisiones de la entidad estén correctamente capitalizadas desde la normativa del Estado de origen e incorrectamente capitalizadas desde la normativa del Estado de acogida. De la misma manera, el diferente tratamiento fiscal de la retribución de la deuda y de los recursos propios por parte del Estado de origen y del Estado de acogida pueden desembocar tanto en situaciones de doble imposición, como en situaciones de imposición deficiente.

### 3.3.2. MÉTODO DE IMPUTACIÓN DE CAPITAL ECONÓMICO. Párrafo 106, Parte II Informe OCDE (2010)<sup>239</sup>.

Este método atribuye capital por referencia al capital económico de la entidad bancaria. Ello supone considerar los riesgos económicos de la entidad, con una visión

---

<sup>238</sup> Ver Informe OCDE (2010) Parte I, Párrafo 126 y Parte II, Párrafo 101, en Informe OCDE (2008) Parte I, Párrafo 160 y Parte II, Párrafo 102.

<sup>239</sup> Párrafo 107 Parte II, Informe OCDE (2008).

diferente a la forma en que se consideran los riesgos desde la perspectiva del Órgano regulador –las normas reguladoras valoran el riesgo con la vista puesta en la solvencia de la entidad bancaria-, valorando otros tipos de riesgo que puedan influenciar la rentabilidad de la entidad financiera. Para aplicar este método, la entidad bancaria debe disponer de sus propios modelos de medición de riesgo económico. Esta fórmula se considera particularmente idónea en el Informe OCDE, versiones (2010) y (2008) para todos los EP en general, pero quizá el ámbito en el que resulta más fácil de aplicar es en el bancario, donde podemos decir que, absolutamente, todos los riesgos son objeto de ponderación y evaluación, bien por métodos contemplados en norma bancaria o por métodos internos manejados por la entidad financiera, lo que hace que todas las entidades financieras estén muy familiarizadas con los diversos instrumentos de medición de riesgo.

### 3.3.3. MÉTODO DE SUBCAPITALIZACIÓN. Párrafos 107/111, Parte II Informe OCDE (2010)<sup>240</sup>.

El capital se atribuye al EP en la misma cuantía que si fuera una empresa independiente que realizase las mismas o similares actividades y en las mismas o similares condiciones en el Estado de la fuente, a través de un análisis de comparabilidad con empresas bancarias independientes. Sin embargo, la comparación de un EP con bancos independientes de tamaño o dimensión similar al EP presenta muchas aristas, ya que aunque por tamaño y actividad puedan ser comparables, no se puede olvidar que el EP es parte de un todo y en atención a esta circunstancia, cualquier tercero en una determinada situación se sentiría más seguro contratando con el EP que contratando con una entidad bancaria independiente de la misma dimensión –la calidad crediticia del EP es la misma que la de su CC, de ahí que probablemente dicha calidad crediticia será diferente y mejor a la del pequeño banco independiente<sup>241</sup>-. Y es que no es lo mismo un banco pequeño independiente que un EP de la misma dimensión.

---

<sup>240</sup> Párrafos 108/112 Parte II, Informe OCDE (2008).

<sup>241</sup> La calidad crediticia del EP si se considerase de manera aislada, sería inferior a la calidad crediticia de la entidad financiera a la que pertenece, considerada a nivel global. Sin embargo, el EP goza de la misma calidad crediticia que la CC, tanto en la versión del Modelo Convenio OCDE (2008), como en la de (2010), aún cuando en esta última se predica el principio de “empresa separada e independiente” del EP con mayor rigor que en la de (2008). Ver Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes OCDE (2010), Parte I, Párrafos 99/104 y Parte II, Párrafos 79/83; en el mismo sentido versión (2008) Parte I, Párrafos 130/135 y Parte II, Párrafos 80/84.

Si consideramos un escenario en el que la entidad financiera dispone de varios EP localizados en diferentes Estados, al asignar capital a los mismos, no en función del capital de la entidad, sino por comparación con bancos independientes de las mismas características en cada uno de los Estados, no es imposible que la suma del capital asignado a las diferentes partes o divisiones fuese inferior o superior al capital real de la entidad. En el primer caso, no habría ningún problema, el diferencial podría asignarse como complemento a cualquier parte de la empresa –la mejor opción sería asignar este diferencial a la parte de la entidad que mejor rentabilizara sus recursos-. Muy diferente se plantea el segundo caso, dado que no puede asignarse una cifra de capital superior al capital total de la entidad en su conjunto, habría que replantearse la operación, de manera que todos y cada uno de los EP estuviese correctamente capitalizado o al menos en sus niveles mínimos y que la suma de los capitales asignados a las diferentes divisiones de la entidad fuese igual al capital total de la entidad.

La fórmula para resolver este segundo caso debería pasar por rebajar la cifra inicialmente asignada a los EP –se supone que superior al importe mínimo exigido por el regulador-, para que el sumatorio no excediese de la cifra de capital total.

Cuando no se encuentren en el Estado de acogida del EP bancos independientes de parecida dimensión, a los efectos de efectuar un análisis de comparabilidad de activos, funciones y riesgos, deberían seleccionarse los más cercanos y practicar los ajustes necesarios para limar las diferencias.

En mi opinión y reconociendo las bondades de esta fórmula de asignación de capital libre, que lo atribuye teniendo en cuenta la cifra de capital libre de empresas comparables, método al que la Guía de Precios de Transferencia reconoce como el más apropiado, hemos de considerar las siguientes cuestiones:

- Aún cuando pudiéramos llegar a una situación ideal, en la que los activos, riesgos, funciones y actividades del EP localizado en España fueran una copia exacta de los activos, riesgos, funciones y actividades de la sociedad constituida en España y a ello se pudiera añadir que la organización de recursos humanos fuese la misma en ambos casos –situación que no se encuentra fácilmente-,

estaríamos en presencia, como dijimos en líneas anteriores, de un factor diferencial que deberíamos ponderar en sus justos términos y es, el hecho incontestable de que el valor y la calidad crediticia de un EP como parte de un todo es muy superior al que le correspondería de su consideración a nivel aislado, de ahí que los pequeños bancos independientes no sean el referente más aconsejable para realizar un análisis de comparabilidad con vistas a atribuir capital a un EP<sup>242</sup>.

- Cuando asignamos recursos propios a los EP a través de un análisis de comparabilidad de funciones, no con la entidad de la que forma parte, sino con una entidad tercera constituida en el Estado de localización del EP de tamaño o dimensión similares, podemos encontrarnos con unas necesidades de recursos propios mínimos totales –esto es, para la CC y para los diferentes EP- que no se ajuste exactamente a la cifra de recursos propios reales de que disponga la entidad financiera, lo que sin duda provocaría mayores problemas que los que se derivarían de asignar recursos propios mínimos según los métodos reseñados en los números 1 y 2 anteriores.

#### 3.3.4. MÉTODO DE *SAFE HARBOUR* O *QUASI* SUBCAPITALIZACIÓN. Párrafos 112/115, Parte II Informe OCDE (2010)<sup>243</sup>.

De acuerdo con este método, el EP debe disponer en el Estado de situación, como mínimo, de una dotación de capital igual a la que se requiere por las normas reguladoras a una empresa independiente que opere en el mismo sector. En este caso el EP debe medir los riesgos de sus activos y de sus compromisos utilizando los sistemas estandarizados de medición de riesgo incorporados en el Acuerdo de Capital de Basilea, y asimismo en la Directiva 2013/36/UE y en la Circular 3/2008, del Banco de España<sup>244</sup>.

Si nos situásemos en un contexto de entidad financiera con diferentes EP situados en diferentes Estados –comunitarios y extracomunitarios- y la entidad financiera en su

---

<sup>242</sup> Ver Informe OCDE (2010), Parte II, Párrafos 108 y 109, Párrafos 109 y 110 en Informe (2008).

<sup>243</sup> Párrafos 113/116 Parte II, Informe OCDE (2008).

<sup>244</sup> Ver tipos de riesgo de las entidades financieras en el Capítulo 2, apartado 2.5.4.1. “Áreas de riesgo a cubrir”

conjunto estuviese supercapitalizada, en relación con los niveles de recursos propios mínimos demandados por normativa bancaria, en tanto que los diferentes EP se capitalizasen con arreglo a estos requerimientos mínimos de recursos propios, se produciría un excedente de capital que probablemente se asignaría a la CC, lo que conduciría a que el Estado de localización del EP gravase en sede del EP unos beneficios inferiores a los que hubiese gravado de haberse utilizado otros criterios de atribución de capital, tales como el de imputación de capital o el de subcapitalización.

Por ello, este método no se considera como método autorizado por la OCDE, al considerar al EP de manera aislada, se pierde la perspectiva de la entidad financiera como un todo –no se daría al EP la misma calificación crediticia que a su CC-; sin embargo en el Informe OCDE, versiones (2010) y (2008) se califica como un método prudente, que satisface el principio de atribuir beneficios al EP con arreglo al principio de plena competencia, en la medida en que se realicen los ajustes necesarios para eliminar los defectos que el método acarrea –por ejemplo: calificar de riesgo cero las operaciones realizadas entre CC y EP-.

No obstante lo anterior, el método de “*safe harbour*” se muestra como el más acertado en el caso de que concurriesen EP comunitarios y extracomunitarios, más aún cuando las normas de estos Estados terceros, a la hora de calcular la “*ratio* de solvencia” pueden y de hecho manejan unos parámetros diferentes a los establecidos en la normativa comunitaria, como es el caso de Estados Unidos, Canadá, entre otros<sup>245</sup>.

Considerando que el objetivo primordial de la asignación de capital al EP es el de cifrar la cuantía de gasto por intereses de capitales ajenos fiscalmente deducibles, hemos de destacar que todos los métodos de asignación de capital a EP han de llevar a la determinación de un resultado económico y fiscal en el que la partida de gastos por intereses por el uso de capitales ajenos computada responda a la retribución de mercado de una financiación ajena también de mercado, resultado coherente con el principio de libre competencia<sup>246</sup>. Por ello cualquier método que respete este principio, sería válido.

---

<sup>245</sup> En este escenario, compuesto por un grupo multinacional en el que existen filiales y EP ubicados en terceros Estados, al EP normalmente se le exige la misma *ratio* de solvencia que a las entidades financieras autorizadas en los mismos, ya sean de capital nacional o extranjero.

<sup>246</sup> Párrafos 30 Parte I y 52 Parte II del Informe OCDE (2010), Párrafos 33 Parte I y 53 Parte II del Informe OCDE (2008).

Y por esta razón, en el caso de que el EP tuviera asignada dotación de capital y la aplicación de los métodos anteriormente enumerados diese una cifra de capital diferente a la inicialmente asignada, lo prudente sería analizar esa diferencia en orden a verificar si la atribución de beneficios al EP ha respetado el principio de libre competencia. Sólo en casos en los que la diferencia entre la dotación inicial de capital realizada por la CC y la cifra de capital que resultase de los métodos aplicados fuese importante, y no se acompañara en absoluto con la actividad ejercida por el EP, se procedería a atribuir a este una cifra de capital acorde con sus funciones, activos y riesgos, conforme a los métodos anteriormente indicados, y a recalcular la cifra de gasto por intereses de capitales ajenos deducibles en el IRNR<sup>247</sup>.

### **3.4. ELECCIÓN DE MÉTODO PARA ATRIBUIR CAPITAL LIBRE AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE.**

Asumiendo la dificultad de cifrar adecuadamente el “capital libre” de un EP, se señalan los puntos clave que deberían tomarse en consideración como paso previo a la elección del método de cálculo que, en mi opinión ha de ser, el que mejor se adapte a la situación del EP localizado en España, considerado como división o parte de una entidad que a su vez forma parte de un grupo con proyección multinacional:

- a) La personalidad jurídica única de la entidad financiera.
- b) La consideración de propietario económico de los diferentes activos y bienes de la entidad a la parte o división de la misma que los utiliza para el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas.
- c) La calificación crediticia del EP. Dicha calificación es exactamente la misma que tiene la entidad financiera o CC; esto quiere decir que la calificación crediticia se valora tomando como referente la entidad financiera en su conjunto o bien instrumentos financieros específicos, pero en ningún caso la

---

<sup>247</sup> Párrafos 43 y 52 Parte II del Informe OCDE (2010). El Párrafo 43 destaca el significativo impacto de la cifra de capital libre sobre los beneficios potenciales del EP y sobre la cuantía de impuesto a pagar, ya que la deducibilidad fiscal de los intereses sobre recursos ajenos constituirá un incentivo para financiarse vía préstamos. En cuanto al Párrafo 52 abunda en este principio, insistiendo en la necesidad de que la dotación de capital debe realizarse de acuerdo con el principio de libre competencia, a los efectos de asegurar que se atribuye al EP una cifra apropiada de beneficios. Párrafos 44 y 53 Parte II del Informe OCDE (2008).



calificación crediticia se otorga en relación con el EP a título individual. Este es el motivo por el que los terceros que contraten con el EP atribuyen a este las cualidades de la empresa de la que es parte y por ello igualmente el balance que consideran no es únicamente el del EP, que también, sino el balance consolidado de la entidad<sup>248</sup>. De igual forma, las operaciones internas entre el EP en España y el resto de la entidad deberán valorarse sobre la base de que comparten la misma calificación crediticia.

- d) El artículo 7 del Modelo OCDE (2010), que prevé que la atribución de beneficios al EP ha de realizarse conforme al principio de libre competencia, apoyándose en el análisis funcional y factual del EP, análisis que se desarrolla a través de dos fases. Los Párrafos 48 y 60, Parte II del Informe OCDE (2010) describen este proceso<sup>249</sup>.
- e) El contenido del artículo 15.2 del TRLIRNR, que se alinea con el contenido del artículo 7.2 del Modelo OCDE previamente citado.
- f) Los recursos propios de la entidad calculados a nivel consolidado, que pretenden distribuirse entre la CC y los diferentes EP, han de apoyar la actividad de todas y cada una de las divisiones de la entidad financiera.
- g) Las operaciones internas que se realizan entre las diferentes unidades de la entidad no consumen recursos propios, estas operaciones al ser operaciones que la entidad hace consigo misma no van acompañadas de riesgo alguno<sup>250</sup>. Esta interpretación tiene todo sentido, lo contrario llevaría al absurdo de que la entidad financiera necesitaría una cifra de recursos propios mínimos

---

<sup>248</sup> Esta hipótesis no podría sostenerse en aquellos casos en los que los activos ubicados en un determinado Estado no puedan utilizarse para cubrir deudas contraídas en otro Estado o cuando los activos en cuestión se hayan afectado a la cobertura de un instrumento financiero concreto, con el objetivo de que las agencias de calificación crediticia otorguen a dicho instrumento financiero la calificación pretendida por la entidad financiera. Informe OCDE (2010), Parte II, Párrafos 28/31, en Informe OCDE (2008), Parte II, Párrafos 29/32. Dichos párrafos se refieren a la calificación crediticia de las entidades financieras.

<sup>249</sup> Ver Informe OCDE (2008), Parte II, Párrafos 49 y 61.

<sup>250</sup> Se recuerda que el EP no tiene personalidad jurídica distinta de su CC, de ahí que no puedan suscribirse contratos entre ambas partes, pero si pueden realizarse operaciones. Dichas operaciones no pueden interpretarse conforme a pactos escritos, por lo que habrá que examinar la conducta de las partes teniendo en cuenta los principios económicos que rigen las relaciones entre empresas independientes. Ver Párrafo 150, Parte II del Informe OCDE (2010), Párrafo 151, Parte II del Informe OCDE (2008). Dichos Párrafos son equivalentes al Párrafo 1.52 de las Directivas (2010).

superior, cuando calcula dicha magnitud para cada una de sus divisiones de manera separada, que cuando los calcula a nivel consolidado, que es como debe calcularlos.

- h) La suma de los recursos propios de la CC y de los de todos los EP no puede ser superior a la cifra total de recursos propios de la entidad financiera.

Después de pesados estos puntos, hemos de tener muy presente que cualquiera de los métodos de atribución de capital contenidos en el Informe OCDE ofrece puntos firmes y puntos débiles y puesto que, como lo que se pretende es que cualquiera que sea el método elegido, el mismo debe llevar a una atribución de beneficios al EP que respete el principio de libre competencia, tal y como predicen los Párrafos número 30, Parte I y 52, Parte II del Informe OCDE (2010) reproducidos en el apartado 3 anterior<sup>251</sup>, debe observarse cierta flexibilidad en la elección del método y en la aplicación de los resultados que arroje.

### **3.5. AJUSTE EN CONCEPTO DE INTERESES NO DEDUCIBLES POR LA UTILIZACIÓN DE CAPITAL AJENOS. ESTADO DE LA FUENTE.**

Una vez determinada la cifra de capital propio o libre para el EP, también habremos fijado su cifra de capitales ajenos de mercado o de libre competencia, capitales cuya retribución constituye gasto atribuible al EP. A partir de los gastos por intereses inscritos en contabilidad, calcularemos la cifra de intereses que corresponde al capital libre, que será el importe del ajuste positivo a practicar sobre el resultado contable del EP.

---

<sup>251</sup> Párrafos 33, Parte I y 53 Parte II del Informe OCDE (2008). Alejandro Galera Pita en “*El artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE: diferencias entre la versión 2010 y las versiones anteriores, en el precepto y los Comentarios*”, Cuadernos de Formación 2/13, Instituto de Estudios Fiscales, página 46, pone de manifiesto acertadamente “*que la atribución de capital realizada de acuerdo con las normas reguladoras de capital tiene como objetivo garantizar la solvencia de la entidad, en tanto que la atribución de capital desde la perspectiva fiscal pretende la adecuada localización de beneficios en cada uno de los Estados*”; si bien hemos de pensar que si esa atribución de capital es correcta en el plano económico —y no cabe duda de que lo es, de hecho, todas las entidades están capitalizadas con el mismo patrón—, no hay motivo para que no funcione en el fiscal, donde está reconocido dicho método como uno de los autorizados por la OCDE y dicho expresamente que no hay a priori un método mejor que otro para atribuir capital.

Ahora bien, ¿cómo distribuimos la cifra de intereses contabilizada entre recursos ajenos y capital libre?. Dada la diversidad de operaciones pasivas que realizan las entidades financieras, no resulta sencillo asignar el tipo de interés de una en concreto al capital libre, en nuestra opinión no existe una fórmula única, ni exacta, lo fundamental es utilizar un procedimiento coherente que lleve a un resultado razonable, teniendo presente que el ajuste se refiere exclusivamente a la parte de intereses que se presume corresponderían al denominado “capital libre” del EP -masa patrimonial que como venimos diciendo aparece catalogada en el balance del EP como “recursos ajenos o de terceros”-. A título de ejemplo, el tipo de interés a aplicar puede determinarse de las siguientes formas:

- a) Calculando el coste medio que le ha supuesto al EP la utilización de capitales ajenos. Para ello, se divide el total importe de gastos por intereses satisfechos a terceros durante el periodo impositivo, por la media de obligaciones contabilizadas que ha generado el pago de los intereses. En la masa de capitales ajenos, se incluyen las deudas contraídas con terceros, las deudas contraídas con la CC y demás EP de la misma CC y las deudas contraídas con entidades vinculadas. Dada la consideración del EP como empresa separada de su CC, los recursos tomados de la CC y de otras divisiones de la misma, que excedan de la dotación de capital, así como los recursos tomados de vinculadas –siempre que el EP disponga de una cifra de capital libre que le permita realizar sus actividades- deben ser considerados a todos los efectos recursos de terceros y su retribución por parte del EP debe seguir las reglas de juego del mercado.
- b) Calculando el tipo de interés medio de los pasivos con vencimiento a largo plazo, prescindiendo de la financiación a corto. Esta fórmula se puede justificar en atención a la masa del activo que teóricamente se considera que debe financiar el capital –parte del activo fijo y parte del activo circulante-, unido a que dicha masa debe permanecer en la entidad de manera estable.

El tipo de interés así obtenido, se aplica sobre la cifra de “capital libre” atribuida al EP llevada a su estado medio -caso de que el EP careciese de dotación de capital- o bien sobre la cifra representativa del déficit de “capital libre”, también llevada a su

estado medio –cuando el EP estuviese dotado de capital de modo insuficiente-<sup>252</sup>. El resultado de esta operación será el importe del ajuste positivo a realizar sobre el resultado contable del EP.

Con este ajuste podemos decir que, tanto los gastos por intereses por el uso de capitales ajenos del EP con incidencia fiscal, como el resultado económico o renta fiscal del EP se han cuantificado con arreglo al principio de libre competencia.

El argumento definitivo para hacer este ajuste es que el capital y los recursos ajenos de la entidad financiera tienen que distribuirse entre CC y EP o entre CC y sus EP sobre la base de las funciones, activos y riesgos que conforman las actividades de cada una de las partes o divisiones de la empresa, prescindiendo, si fuera necesario, de la adscripción contable que originariamente haya realizado la entidad financiera respecto de ambas masas patrimoniales. Resulta inevitable decir que el ajuste anteriormente descrito se realiza cualquiera que sea el origen de las fuentes de financiación del EP, que puede residir bien en la CC, bien en otras entidades vinculadas o en entidades terceras. Y ello, porque dicho ajuste no responde a una situación de subcapitalización en sentido estricto, sino a que en el balance del EP se ha omitido la estructura de capital libre de mercado, que se supone debe acompañar a toda empresa financiera.

El escenario descrito responde a una situación en la que los recursos propios mínimos se utilizan para financiar los activos del balance del EP, pero puede ocurrir que los recursos propios que precisa el EP sean para dar cobertura a los riesgos contraídos por operaciones anotadas fuera de balance, esto es, en las denominadas “cuentas de orden” y que asimismo dichas operaciones no produzcan gastos financieros para el EP. Pues bien en esta situación, también cabe realizar un ajuste sobre el resultado contable, si bien en este caso no sería en concepto de menores gastos por intereses de capitales ajenos deducibles, sino para atribuir al EP una renta basada en la presunta inversión de los recursos propios mínimos atribuidos que no se utilizan para financiar activos, sino para cubrir riesgos anotados fuera de balance. En este caso, el tipo de interés a aplicar a

---

<sup>252</sup> Las pérdidas contables del EP aumentan las necesidades de capital propio o recursos propios mínimos; esto, es en una situación de pérdidas, estas se suman a las necesidades de recursos propios mínimos, siendo el resultado de este sumatorio el importe de recursos propios mínimos que precisa el EP.

las inversiones que se presumen realizadas debería calcularse a partir de los tipos de rentabilidad de las operaciones activas realizadas por el EP. Habida cuenta de la variedad de operaciones activas ejecutadas y la diferente retribución que las recompensa, no es tarea sencilla elegir el tipo de interés apropiado, por lo que de nuevo se recomienda la utilización de un tipo medio.

Otra posibilidad a manejar sería considerar el importe de capital que cubre los riesgos anotados fuera de balance, como un préstamo por parte del EP al departamento de tesorería de la entidad financiera, lo que demandaría la correspondiente retribución que debería estar en consonancia con los usos seguidos por la CC para retribuir la captación de recursos de terceros.

### 3.5.1. EJEMPLO NUMÉRICO.

#### 1. Situación original:

Para una mejor comprensión del caso, partimos de una situación de ausencia total de capital contable, que nos llevará a practicar el ajuste, primero en fuente y posteriormente en residencia.

El EP en el Estado de localización ha calculado el Impuesto sobre beneficios a pagar, de acuerdo con la normativa contable y fiscal del Estado en cuestión. Como hemos convenido que el EP no tiene anotada cifra de capital, todos los gastos financieros pagados a la CC o a terceros por la financiación obtenida han sido fiscalmente deducibles.

|                    |              |
|--------------------|--------------|
| Resultado Contable | 58.100.000 € |
| Base Imponible     | 58.100.000 € |
| Tipo de Gravamen   | 30%          |
| Cuota Tributaria   | 17.430.000 € |

#### 2. Situación corregida:

A partir de la situación anterior, hemos de confeccionar el “Balance fiscal” del EP y la cuenta de pérdidas y ganancias, el primero con la entrada del capital libre, el cual hará posible la atribución de beneficios al EP, imputando una cuantía de gastos financieros

por el uso de capitales ajenos acorde con la nueva estructura del pasivo. Esto nos lleva a una cuenta de pérdidas y ganancias recalculada con criterios económico y fiscal.

Para asignar al EP una cifra de capital libre, se dispone de los datos siguientes:

**- Entidad Financiera:**

|  |                 |
|--|-----------------|
| Capital  | 450.000.000 €   |
| Activos y pasivos contingentes ponderados en función de su riesgo <sup>253</sup> | 4.210.000.000 € |

**- Casa Central:**

|   |                 |
|---|-----------------|
| Capital   | 450.000.000 €   |
| Activos y pasivos contingentes ponderados en función de su riesgo | 3.700.000.000 € |
| Tipo de interés medio pagado a los Recursos de terceros           | 3,10 %          |

**- Establecimiento Permanente:**

|   |               |
|---|---------------|
| Capital   | 0 €           |
| Activos y pasivos contingentes ponderados en función de su riesgo | 510.000.000 € |
| Tipo de interés medio pagado a los Recursos de terceros           | 2,68 %        |

De acuerdo con lo expuesto en el apartado 3.3 de este Capítulo, el Estado de la fuente puede utilizar varios métodos para asignar capital libre al EP. De los allí recogidos, se seleccionan dos de ellos.

***Método de Imputación de Capital Económico.***

Repartimos el capital de la entidad entre la CC y el EP, proporcionalmente a los activos y pasivos contingentes de cada uno de ellos, ponderados en función del riesgo que los acompaña, de esta manera el “capital libre” que correspondería a cada parte de la entidad sería:

|                            |               |
|----------------------------|---------------|
| Casa Central               | 395.486.936 € |
| Establecimiento Permanente | 54.513.064 €  |

---

<sup>253</sup> En el Capítulo 2, apartado 2.5.4.1. “Áreas de riesgo a cubrir” se recoge una breve descripción de los riesgos inherentes a la actividad financiera.

### ***Método de Safe Harbour o Quasi subcapitalización.***

En este caso, se asigna capital libre al EP por aplicación de los requerimientos mínimos de capital exigido en el Estado de la fuente a las entidades autorizadas en el mismo. Como veíamos en el Capítulo 2, apartados 2.5.1. “La *ratio* de solvencia” y 2.5.2.3. “Normativa interna”, las entidades deben financiar sus activos con recursos propios en una cuantía igual al 8% de sus activos y pasivos contingentes ponderados en función de su riesgo<sup>254</sup> y el resto, hasta totalizar el importe de los activos contables, con recursos ajenos.

El “capital libre” a asignar al EP ascendería a:  $510.000.000 \text{ €} \times 0.08 = 40.800.000 \text{ €}$

En tanto el “capital libre” a asignar a la CC, vendría dado por la diferencia entre el capital de la entidad financiera y el asignado al EP. Esto es:

|                            |               |
|----------------------------|---------------|
| Casa Central               | 409.200.000 € |
| Establecimiento Permanente | 40.800.000 €  |
| Total CAPITAL              | 450.000.000 € |

Como puede observarse, cada método nos conduce a una cifra de “capital libre” diferente, sin embargo con ambos métodos tanto la entidad financiera, a nivel global, como cada una de sus divisiones, a nivel individual, están capitalizadas. Llegados a este punto, la Administración Tributaria se decantaría por un método y a partir de él calcularía el ajuste a realizar. Si elegimos el método mencionado en segundo lugar, el ajuste sería:

Ajuste:

|   |              |
|---|--------------|
| Base Imponible declarada                                | 58.100.000 € |
| Intereses Capital propio ( $40.800.000 \times 0,0268$ ) | 1.093.440 €  |
| Base Imponible corregida                                | 58.209.340 € |
| Tipo de Gravamen <sup>255</sup>                         | 30%          |
| Cuota Tributaria  | 17.462.802 € |

---

<sup>254</sup> Las entidades afectadas por EBA/2013/03, deben mantener, como mínimo, el importe nominal de recursos propios mínimos que se vieron obligadas a constituir a 30 de junio de 2012.

<sup>255</sup> El tipo de gravamen del 30% se ha mantenido en la Ley 27/2014 para las entidades financieras.

En este escenario, estamos asignando al EP gastos por intereses por el uso de capitales ajenos, con independencia de que los mismos se paguen a terceros o a su CC y rechazando los que corresponderían a la retribución del capital libre.

### 3.5.2. NORMAS DE COBERTURA PARA PRACTICAR EL AJUSTE.

La distribución de recursos propios entre las diferentes unidades de una entidad financiera, como dijimos en el Capítulo 2., apartado 2.2.1.”Entidades financieras constituidas en España”, carece de relevancia desde el punto de vista regulador; si el Organismo regulador del Estado de origen de la entidad financiera sigue las normas marco de los Acuerdos de Capital de Basilea en vigor, la entidad financiera en su conjunto estará capitalizada conforme a dichas normas. El Organismo regulador del Estado de acogida conocerá este hecho y los terceros que operen con el EP tienen la garantía de que los recursos propios de la entidad financiera cubren todos los riesgos de esta –por tanto los riesgos asumidos por EP están cubiertos-. Dicha distribución se hace necesaria en el ámbito tributario, como vimos en el apartado 3.2 de este Capítulo, con el único y exclusivo fin de atribuir beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia.

En este apartado, analizaremos las normas internas, comunitarias y convenidas, que en nuestra opinión, apoyan el ajuste fiscal que conduce a la atribución beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia.

#### 3.5.2.1. NORMAS DE COBERTURA INTERNAS

Las normas internas que dan cobertura al ajuste original o primario a proponer por la Autoridad fiscal española, residen en el TRLIS y en el TIRNR y ello en atención a que el artículo 18.1 del texto refundido citado en último lugar, que se ocupa de la determinación de la base imponible en el IRNR, hace una remisión extensiva a todas las disposiciones del régimen general del IS, que se aplican con carácter general a los EP, sin perjuicio obviamente de las normas del propio TRIRNR. Antes de iniciar el recorrido por las normas, que en mi opinión avalan el citado ajuste, señalar que cada uno de los artículos que mencionaremos respalda de alguna manera tal ajuste, por tanto cabe considerar que su aplicación conjunta confirmaría la legalidad del mismo.



- Artículo 20 del TRLIS. Redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2011.

En los apartados anteriores se ha demostrado que el EP está capitalizado desde el punto de vista jurídico. Es un hecho que si la entidad financiera está correctamente capitalizada, también lo estarán todas y cada una de sus divisiones. Pues bien, consideramos que la capitalización jurídica del EP, desde el punto de vista de normativa bancaria debe tener plenos efectos fiscales, en base al contenido del artículo 20 del TRLIS.

El artículo 20 apareció en nuestro ordenamiento con una clara intención de corregir determinadas situaciones de subcapitalización. Dicho artículo pretendía hacer frente a aquellas situaciones en las que el Balance de una determinada sociedad residente en España exhibía una deficiente capitalización jurídica, complementada por recursos suministrados por entidades de su propio grupo económico residentes en el extranjero – nunca en territorio español-, que hacían posible la realización de la actividad en España con plena eficacia en todos los sentidos y en particular en punto al concepto de solvencia.

El efecto inmediato que seguía a esta situación concreta era inscribir un gasto por intereses de deudas con deducibilidad fiscal, a los efectos de determinar la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades, deducción fiscal que, obviamente, no habría sido posible cuando el suministro de financiación se materializaba mediante aportaciones de capital.

Es así como se construyó la norma antielusión contenida en el artículo 20 del TRLIS, que se marcó como objetivo situar límites a la provisión de financiación entre partes vinculadas, permitiendo a las sociedades residentes en España tomar financiación de entidades no residentes vinculadas, siempre y cuando los recursos captados no superaran la cifra de 3 veces el capital.

Esto es, el artículo 20 delimitaba un puerto seguro “*safe harbour*”, lo que significaba que cuando la relación “Recursos de vinculados/Capital” superaba el coeficiente 3, se producía el acontecimiento objetivo que indicaba que la entidad residente en España estaba subcapitalizada, y sin más preámbulo, la Administración

tributaria podía corregir esta situación, impidiendo la deducibilidad de la retribución de los recursos que superasen la cuantía de 3 veces el capital.

Por lo que se refiere al alcance de la norma, la misma se aplicaba a las sociedades residentes en España y asimismo a los EP situados en España, con dos importantes excepciones:

1ª. La norma no se aplicaba cuando la financiación procedía de entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea, salvo que la residencia de la entidad en cuestión se localizase en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal<sup>256</sup>.

Esta excepción a la aplicación de la norma apareció en nuestro ordenamiento como consecuencia de la modificación operada en el artículo 20 apartado 4 de la Ley 43/1995, por el artículo 2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social -entrada en vigor a partir de 1 de enero de 2004-, modificación cuyo origen hay que situar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, en el asunto *Lankhorst- Hoorst* (C-324/00, Rec. 2002 I -11779). Esta Sentencia puso de manifiesto como se había vulnerado el principio de “no discriminación comunitario” en un caso en que la presunta subcapitalización de la entidad residente se penalizaba, cuando la financiación tenía su origen en una entidad vinculada no residente, en tanto que se permitía idéntica situación de subcapitalización cuando la financiación procedía de una entidad vinculada residente en el mismo Estado<sup>257</sup>.

Sin ánimo de entrar en un análisis en profundidad del artículo 20 del TRLIS, no nos resistimos a apuntar que la exclusión del ámbito del artículo 20 a las entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea, no significa que de darse una

---

<sup>256</sup> Ver la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, acerca de la definición de paraíso fiscal, modificada por la DA segunda de la Ley 26/2014 de reforma de IRPF. En cuanto a la relación de territorios calificados como paraísos fiscales contenida en el Real Decreto 1080 /1991, de 5 de julio, la misma se entiende modificada en la medida en que a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma se han suscrito “Convenios para evitar la doble imposición” con cláusula de intercambio de información y “Acuerdos de intercambio de información” con Estados contenidos en la relación.

<sup>257</sup> Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, normalmente tratan de combatir aquellas situaciones de subcapitalización en las que, de alguna manera, se vulnera el principio de plena competencia o bien cuando las mismas dan cobertura a escenarios notoriamente artificiales.

situación de subcapitalización entre sociedades localizadas en este ámbito espacial, siempre que la misma se hubiera dado en claro incumplimiento de las leyes del mercado, esta no pudiera corregirse, si bien ello se produciría, según determinadas opiniones, al amparo de lo previsto en el artículo 16 del texto citado, en tanto que de acuerdo con otras, lo que entraría en juego sería la norma antiabuso general contenida en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, artículos 13 y 16 –en adelante LGT-.

En situaciones de subcapitalización de la categoría de las apuntadas en el párrafo anterior, será la Administración la que deberá probar esta situación de subcapitalización, esgrimiendo entre otras argumentaciones la dificultad o imposibilidad de alcanzar un volumen de financiación similar de entidades terceras no vinculadas, si se hubiese contemplado a la entidad en cuestión de manera aislada, prescindiendo de su posición privilegiada como miembro de un grupo multinacional, y aquí es cuando entrarían en acción los recursos legales apuntados<sup>258</sup>.

2ª. La norma no se aplicaba a las entidades financieras.

Esta excepción a la aplicación de la norma antielusión se contenía en el texto original de la norma de subcapitalización, esto es, en el texto del artículo 16.9 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, según la modificación operada por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio, y la misma, en modo alguno, debía interpretarse en el sentido de que las entidades financieras podían tomar financiación de entidades vinculadas no residentes superando el coeficiente 3, muy al contrario el mensaje que, entendemos, enviaba el artículo 20 del TRLIS, era que la norma de subcapitalización no se aplicaba a las entidades financieras porque las mismas, según

---

<sup>258</sup> Sobre la aplicación del artículo 16 del TRLIS en el ámbito de la subcapitalización, cuando no hubiera sido posible aplicar el antiguo artículo 20 del TRLIS, no hay consenso. Así, se dan opiniones en el sentido de que cuando no era posible aplicar el artículo 20 no podía jugar nunca el 16 –prevalencia de la norma especial sobre la general-, en tanto que, otras opiniones consideran que el artículo 16 podía aplicarse a situaciones de subcapitalización que escapasen del artículo 20, esto es financiación proporcionada por residentes en España o por residentes en la Unión Europea o que sin superar el coeficiente 3 mostrasen una situación carente de sentido económico. El Tribunal Económico Administrativo Central en Resolución de 30 de mayo de 2012, se ha mostrado favorable a este último criterio; esta controversia no se da en la nueva Ley 27/2014, cuyo art. 18 permite analizar la operación en todos sus matices. Ver Capítulo 15, “*La Subcapitalización*”, Ramón Palacín Sotillos e Iñigo Alonso Salcedo, en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades*, Editorial Aranzadi, 2010 - página 520-.

normativa bancaria, han de tener a lo largo de toda su vida unos determinados recursos propios mínimos.

Dado que la regla, por parte de las entidades financieras, es el respeto riguroso de la normativa que les es de aplicación, por las graves consecuencias que acarrea su incumplimiento, es por lo que cabe entender que la norma fiscal consideraba que ninguna entidad financiera entraría en una situación de subcapitalización, de ahí la redacción de la misma excluyendo a dichas entidades del ámbito de este artículo, lo que significa:

- Todas las entidades financieras estaban y están en sede fiscal mínimamente capitalizadas, en el sentido exigido en las normas comunitarias e internas en vigor, a los efectos de aplicación del artículo 20.
- Cumplido este requisito, nada se oponía a que las transferencias de fondos entre entidades vinculadas en el sector financiero tuvieran la naturaleza de préstamos. En estos casos, la retribución del capital prestado debería respetar el principio de libre competencia, principio rector en la valoración de operaciones entre entidades vinculadas y debería cualificar como fiscalmente deducible<sup>259</sup>.

Por último, y por lo que se refiere al coeficiente 3, que sin duda rindió sus frutos en el ámbito no financiero, hemos de indicar que carece de sentido en el financiero. El balance de una entidad financiera en cuanto fotografía de la misma en un momento determinado –tal como 31 de diciembre- no soporta la comparación con el balance de una entidad operativa en cualquier otro sector. Esto es así, dado que en una entidad financiera los recursos propios mínimos deben dar cobertura a los activos –partidas de balance- y a los pasivos contingentes –partidas anotadas fuera de balance, que a menudo alcanzan cifras muy elevadas- ponderados por riesgo, en tanto que en las entidades que trabajan en cualquier sector que no sea el financiero la cifra de capital propio financia activos a su valor contable, es decir, sin ponderar, de tal manera que si la entidad está correctamente capitalizada, el capital ha de financiar una parte del activo circulante y

---

<sup>259</sup> Véase Capítulo 1, apartado 1.5. “Operaciones entre Casa Central y Establecimientos Permanentes”.

una parte del activo fijo de la misma, lo que comúnmente conocemos como “Fondo de Maniobra”.

Estas diferencias se explican del siguiente modo:

1. La información que da el balance de una entidad financiera acerca de un determinado activo no es completa, esta información debe modularse con los coeficientes de riesgo correspondientes, coeficientes que contemplan tanto la naturaleza de la operación –considerando el activo y las garantías aportadas-, como la solvencia de la contraparte.
2. El sector financiero suscribe una cantidad importante de contratos, tales como contratos de garantías, de avales, sobre instrumentos financieros derivados, entre otros, etc., cuya repercusión en términos de riesgos se anota en cuentas de orden, anotaciones denominadas “fuera de balance”, dichos riesgos, en ocasiones muy elevados, también pesan en el cómputo de recursos propios mínimos. El capital libre de las entidades financieras respalda el buen fin de estas operaciones, de la misma forma que respalda el buen fin de las operaciones realizadas con activos anotados en balance.

Estas dos circunstancias invitan a pensar que el coeficiente 3<sup>260</sup> no podía desempeñar en el sector financiero el “rol” que desempeñaba en el resto de los sectores; si a ello se une que las entidades del sector financiero han de estar mínimamente capitalizadas, cobraba todo sentido la exclusión de dichas entidades del ámbito del artículo 20 del TRLIS.

El Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, ha modificado el artículo 20 del TRLIS de tal manera, que podemos afirmar que poco tiene que ver el texto del nuevo artículo 20, introducido por la norma citada, con el texto del artículo 20 al que ha sustituido. El antiguo artículo 20 del TRLIS regulaba los supuestos de subcapitalización entre entidades vinculadas, cuando la financiación que llegaba a España procedía de

---

<sup>260</sup> Para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2011, las entidades, de acuerdo con el artículo 20.3 del TRLIS, podían someter a la Administración Tributaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.7 del TRLIS, una propuesta para la aplicación de un coeficiente Recursos Ajenos/Capital distinto de 3.

entidades residentes en el extranjero, en tanto que el actual artículo 20 se dirige a los gastos financieros en general, sin discriminar por el origen de la financiación, así el nuevo artículo permite atacar los intereses pagados por las sociedades residentes, tanto si la financiación es de fuente interna, como de fuente externa<sup>261</sup>. Sin embargo, este hecho no altera las conclusiones a las que se ha llegado tras el análisis del texto del antiguo artículo 20, habida cuenta que lo que se ha pretendido poner de manifiesto es que la razón por la que este artículo –cuando estuvo en vigor- no se aplicó a las entidades financieras fue sencillamente porque las entidades financieras, de acuerdo con la normativa bancaria, no podían estar en ningún momento subcapitalizadas<sup>262</sup>.

- Artículo 16.1.c) 2º párrafo del TRLIRNR.

Si contemplamos el capital como factor de producción, el hecho de que dicho factor no figure en la contabilidad del EP ubicado en España o figure por una cifra inferior a los mínimos marcados en la norma bancaria no es óbice, de acuerdo con la filosofía del artículo 16.1.c) 2º párrafo del TRLIRNR, para que dicho factor, en sus niveles mínimos, se considere afecto a la actividad del EP en España. La norma mencionada permite deshacer afectaciones contables ficticias de bienes al EP y asimismo considerar el efecto fiscal de otros bienes no contabilizados, de los que se pueda demostrar su vinculación inequívoca con la actividad del EP, según se desprende del tenor literal:

*“Se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto”*

Pues bien, es importante resaltar que los activos anotados en cuentas del EP, y siempre, naturalmente, que pueda demostrarse su afectación a la actividad del mismo, no pueden considerarse como una “isla” en el balance del EP. Con esto se quiere

---

<sup>261</sup> Ver Resolución de la Dirección General de Tributos, de 16 de julio de 2012, en la que se dan pautas para el cálculo de los límites a la deducibilidad de los gastos financieros, límites que no alcanzan a las entidades financieras, salvo que se trate de operaciones con entidades que desenvuelvan su actividad en sectores no financieros y estas consoliden fiscalmente con las primeras. Sobre este tema “*La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto Ley 12/2012*”, de Eduardo Sanz Gadea, Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 5 y 6 /2012.

<sup>262</sup> Ver A. Calleja (2007), páginas 327 y 328, el autor, refiriéndose a EP en general, estima correcta la imputación racional y consistente de costes de financiación al EP, en la medida en que sean ajenos, estén reconocidos en la cuenta de resultados de la persona jurídica y se correspondan con financiación o capitales de alguna forma utilizados por el propio EP. En cuanto a la posible aplicación a un EP en España de la limitación a la deducibilidad en base de determinados gastos al amparo del artículo 20 del TRLIS, el autor considera que se trata de una cuestión controvertida, sin perjuicio de las especialidades a considerar a efectos del cómputo del interés no deducible

subrayar que si los activos están afectos a la actividad del EP, también están afectos al mismo sus fuentes de financiación y habida cuenta que en el ámbito bancario está reglado como deben financiarse los activos, hemos de admitir que una parte de cada uno de ellos se financia con recursos propios. De ahí que deba considerarse que los recursos propios mínimos que financian una parte de los activos del EP, están vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad bancaria del EP en España. Por tanto, si esto es así, estos recursos propios mínimos han de tenerse en cuenta a la hora de determinar el resultado económico del EP en España, o lo que es igual, la renta fiscal<sup>263</sup>.

- Artículo 15.2 del TRLIRNR.

El texto de este artículo es espejo del texto del artículo 16 del TRLIS y de otra parte, creemos recoge la filosofía del texto del artículo 7.2. del Modelo Convenio OCDE en todas sus versiones.

Así, el artículo 15.2 del TRLIRNR dice:

*“A las operaciones realizadas por contribuyentes de este Impuesto con personas o entidades vinculadas a ellos les serán de aplicación las disposiciones del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.*

....

*En cualquier caso, se entenderá que existe vinculación entre un establecimiento permanente situado en territorio español con su casa central, con otros establecimientos permanentes de la mencionada casa central y con otras personas o entidades vinculadas a la casa central o sus establecimientos permanentes, ya estén situados en territorio español o en el extranjero”.*

Los artículos mencionados se refieren a la valoración que debe darse a las operaciones realizadas entre CC y EP y asimismo a las operaciones realizadas entre

---

<sup>263</sup> Ver Resolución del TEAC, de 3 de marzo, de 2010, referida a un EP de una entidad residente en España, situado en Argelia, que desarrolla su actividad en el sector de petróleo, en la que se avala la tesis de la Inspección al imputar gastos financieros al EP –la entidad no lo había hecho-, a los efectos de determinar la renta sobre la que debe eliminarse la doble imposición en España, por considerar que su estructura de capital no le permitía acceder a las inversiones realizadas en Argelia. En cuanto a la fórmula de imputación, la Inspección se decantó por asignar al EP los gastos financieros satisfechos por la CC que se consideró que estaban asociados a las inversiones realizadas por el EP en el extranjero, estableciendo la proporción “Inversiones brutas del EP en Argelia / Inversiones totales de la entidad”, fórmula que se aceptó por parte del TEAC y que posteriormente se confirmó por Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2013.

diferentes EP dependientes, todos ellos, de una misma CC, cuando tales operaciones hayan de tenerse en cuenta a la hora de atribuir beneficios al EP, previendo que dichas operaciones han de valorarse a “precio de mercado”.

El objetivo que persiguen dichos artículos, no es otro que situar en cada jurisdicción fiscal las rentas obtenidas en dichos territorios por cada sujeto pasivo generador de renta; en el caso que nos ocupa, situar en España la renta global obtenida por el EP, con los elementos personales y materiales de que dispone en España. Pues bien, entiendo que la asignación de capital entre las diversas divisiones –localizadas en jurisdicciones fiscales diferentes- de una entidad, es una de las operaciones que entra en el ámbito de este artículo. En efecto, junto a las operaciones típicas de transferencias de activos, de concesión de préstamos, de cesión de personal, etc., resulta imprescindible asignar tanto a la CC como a los diferentes EP los recursos productivos necesarios –el capital entre otros-; por un lado, para que tanto una como otros puedan desempeñar adecuadamente la actividad encomendada a cada uno de ellos y, por otro, como garantía de que los gastos financieros como partida de los beneficios atribuibles a los EP se han determinado respetando el principio de libre competencia.

Pues bien, este ejercicio –esto es, las operaciones realizadas por una entidad financiera en orden a constituir un EP como centro de producción autónomo de la CC- ha de realizarse bajo la cobertura del principio de libre competencia, de ahí que si la entidad financiera dispone de una estructura de capital de mercado –hecho que se confirma, dado que la misma, sea a través de la CC, sea a través del EP, trabaja en el sector financiero en plena competencia con las demás empresas del sector- debería igualmente dotar a sus EP de una estructura de capital, también de mercado.

- Artículos 10 y 143 del TRLIS<sup>264</sup>.

Una vez aceptado que el EP dispone de capital y que el mismo se encuentra afecto a su actividad, se debería construir un “balance fiscal” para dar entrada al mismo, lo que enlazaría directamente con la determinación de los intereses por el uso de capitales ajenos deducibles. A ello nos ayudan los artículos 10 y 143 del TRLIS.

---

<sup>264</sup> Artículos 10 y 131 de la Ley 27/2014.



- Artículo 10 del TRLIS. Si nos centramos en el número 3 de este artículo, observamos que el punto de partida para la determinación de la base imponible, a efectos del IS y a efectos del IRNR, es el resultado contable, siempre y cuando en su cuantificación se hayan observado *“las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas”*. En suma, el resultado contable ha de ser fiel reflejo del resultado económico, porque esta es la magnitud que refleja la capacidad económica de las entidades residentes en España y de los EP localizados en este territorio y sobre la que recaen el IS y el IRNR, respectivamente. A su vez, la capacidad económica, como nos indica el artículo 3 de la LGT, es el valor sobre el que pivota la ordenación de los tributos, de ahí la necesidad de cuantificar, con la mayor aproximación, el resultado económico del EP como garantía de que el Impuesto a satisfacer en España por el EP en base a su resultado económico se ha calculado respetando *“los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”*, como predica el artículo citado en su apartado 1. Por tanto, si el resultado contable del EP no se identifica con el resultado económico, y entendemos que este es el caso, habida cuenta que en su contabilidad no figura la cifra de capital que sabemos tiene, la norma nos invita a averiguar cual es este resultado, encontrando el apoyo para ello en el artículo 143 del TRLIS al que nos referimos a continuación.
- Artículo 143 del TRLIS. El artículo admite que, en ocasiones, el resultado que ofrece la contabilidad –en nuestro caso del EP- no da la medida exacta del valor añadido por el EP como consecuencia de la realización de la actividad financiera en España, tal y como dicho resultado se concibe desde el punto de vista del artículo 35.2 del Código de Comercio –con criterio económico-, de ahí que cuando esto sucede, la norma autoriza a la Administración tributaria a determinar la base imponible del IRNR –en este caso-, ajustando el resultado contable en todos aquellos hechos y circunstancias que por las razones que fuere no se tuvieron en cuenta por el empresario. Aún cuando es cierto que la ausencia de capital contable no implica contabilización incorrecta, ya apuntamos que la normativa bancaria permite que el EP no disponga de dotación de capital en el Estado de situación, sin embargo no es menos cierto, que, de alguna manera este

modo de proceder contribuye a desvirtuar el resultado económico del EP, por cuanto el mismo está dando como gastos por intereses de capitales ajenos, unos gastos que no son necesarios para el desarrollo de su actividad, toda vez que cuenta con capital propio mínimo para la financiación de sus activos. La entrada de los capitales propios mínimos en el balance fiscal del EP, además de conducirnos a un resultado económico acorde con el valor añadido por el mismo, ya que dimensionaría en su justa medida los gastos por intereses de capitales ajenos, nos llevaría a respetar en sus términos estrictos el contenido del artículo 18.1.c) del TRLIRNR.

- Artículo 18.1.c) del TRLIRNR.

El artículo 18 del TRLIRNR, a los efectos de determinar la Base Imponible del Establecimiento Permanente, prevé en su apartado 1:

“...

*c) En ningún caso resultarán imputables cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al establecimiento permanente.”*

Como hemos admitido que el EP financiero localizado en España dispone de recursos propios mínimos, aunque estén anotados en libros de la CC y en “teoría” afectos contablemente en exclusiva a actividades de la CC, no parece razonable, dado que el artículo 20 del TRLIS<sup>265</sup> está admitiendo en sede fiscal que el EP debe estar capitalizado a nivel mínimo y que el artículo 16.1.c) 2º párrafo del TRLIRNR permite considerar afectos al EP factores de la producción no anotados inicialmente en contabilidad, la admisión como gasto deducible de todas las retribuciones correspondientes al pasivo anotado en los libros del EP.

Ello, porque dada la personalidad jurídica única de la CC y del EP, el capital jurídico de la sociedad es único, pero a la vez es el capital económico de todas las divisiones de la entidad financiera, de ahí que dicho único capital respalde las actividades de todas las partes o divisiones de la entidad. Por tanto, si el capital económico del EP –el que soporta las funciones, activos y riesgos del EP- no está en

---

<sup>265</sup> Redacción anterior a la dada por el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo.

cuentas del EP, y se acepta fiscalmente la cuenta de pérdidas y ganancias del EP, estaríamos dando naturaleza de deducible a los intereses pagados a terceros o a la propia CC sobre una masa de préstamos que está, por así decirlo, incorrectamente posicionada en el balance del EP, donde en su lugar debería lucir la cifra de recursos propios mínimos –en sentido económico- del EP. Lo que significa que por esta vía estaríamos vulnerando el contenido del artículo 18.1.c) del TRLIRNR, que impide la deducción en el IRNR de la retribución de los capitales propios afectados directa o indirectamente al EP.

En resumen: “La ausencia de atribución de “capital libre” al EP o la atribución de una cifra insuficiente, avalada por normativa bancaria, no puede condicionar la determinación de la renta del EP, que lo ha de ser con criterio económico, tal y como se dibuja en el artículo 35.2 del Código de Comercio”. Para superar esta situación nos servimos de los artículos analizados anteriormente: Los artículos 20 del TRLIS –redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2011- y 15.2 del TRLIRNR darían cobertura a la operación de atribuir una cifra de “capital libre” al EP, los artículos 10 y 143 del TRLIS apoyarían el ajuste extracontable y todos ellos llevarían a la observancia de la prohibición contenida en el artículo 18.1.c del TRLIRNR.

### 3.5.2.2. NORMAS DE COBERTURA CONVENIDAS

Las normas convenidas que apoyan el ajuste original o primario a realizar sobre el resultado contable del EP son los artículos 7 y 24 del Modelo Convenio OCDE en sus diferentes versiones.

#### 1. ARTÍCULO 7 “BENEFICIOS EMPRESARIALES”.

Este artículo fue objeto de análisis en el Capítulo 1, apartado 1.4.3. “Normativa Convenida”, toda vez que es el artículo primordial de la norma convencional a la hora de atribuir beneficios a los EP, por lo que nos remitimos a dichos Capítulo y apartado para una perspectiva general del mismo. El número 2 del artículo constituye la herramienta para realizar el ajuste primario, número cuyo literal se analiza a continuación sobre las versiones del Modelo Convenio OCDE (2010) y (2008).

- MODELO OCDE. VERSIÓN DE 22 DE JULIO DE 2010.

Habíamos visto que el número 2 del artículo 7 consagra el principio de empresa distinta y separada del EP respecto de su CC en sus relaciones con dicha CC –aún cuando ambos, CC y EP, operan bajo la misma personalidad jurídica-, y para dar plena efectividad al mismo a la hora de atribuir beneficios al EP, ordena valorar a “precio de mercado” todas las operaciones realizadas entre ambas partes y asimismo las demás que pudiera hacer el EP con otros EP de la misma CC y en general con cualquier entidad vinculada.

De otro lado, para valorar las operaciones entre CC y EP el artículo 7. 2 plantea tener en cuenta las funciones ejecutadas, los activos usados y los riesgos asumidos por la empresa a través del EP, por lo que se entiende que el mismo artículo también apoya la atribución de capital libre al EP, habida cuenta que la contrapartida de los activos, funciones y riesgos, como ya ha habido oportunidad de señalar, la constituyen el capital y los recursos ajenos. De manera que la consideración de los primeros debe ir indisolublemente unida a sus fuentes de financiación, por lo que no es posible que en las relaciones entre EP y CC o entre EP y otros EP de su CC pueda darse relación de independencia, si una parte de las fuentes de financiación de los activos del EP –capital libre- no se vincula a los mismos, máximo cuando dicha financiación es obligatoria por normativa bancaria.

El mandato del artículo 7.2 se concreta en unas reglas básicas que permiten la asignación económica de ingresos y gastos al EP –tanto en operaciones en que unos y otros están replicados como gastos e ingresos de la CC o de otros EP, como en el resto de operaciones realizadas por el EP-, lo que sin duda implica el deslinde claro entre los ingresos y gastos que debe soportar cada parte o división de la empresa, y obviamente dentro de los gastos hemos de considerar los gastos financieros. La posición de los recursos propios de la entidad financiera únicamente en la contabilidad de la CC colabora en la asignación inapropiada de los gastos financieros a las diferentes unidades o divisiones de la entidad, de ahí que sea necesario dotar a cada parte de la empresa de capital, al menos en su cuantía mínima.

En este caso las relaciones especiales que se dan entre CC y EP han llevado a no asignar formalmente capital al EP. Puesto que el mismo está posicionado en el Balance de la CC, es obvio que este hecho conduce a que el pasivo contable del EP esté constituido por recursos ajenos, con el efecto inducido de sobredimensionar los gastos financieros del mismo, hasta extremos que no se corresponden en absoluto con la estructura de capital que ya hemos visto que tiene el EP.

El objetivo último del artículo 7.2 es que no se deslocalicen gastos e ingresos de las distintas partes de una misma empresa, entre las diferentes jurisdicciones fiscales en que las mismas están situadas, habida cuenta que esta circunstancia conduce al cálculo incorrecto del Impuesto sobre los beneficios a pagar en cada una de las jurisdicciones. En base a ello, entendemos, que dicho artículo da cobertura en el ámbito convencional a practicar el ajuste que estamos defendiendo, porque lo que se pretende con él, es que cada parte de la empresa tribute en cada Estado en función del valor añadido que desenvuelve en el mismo. Y este planteamiento solo puede lograrse cuando, aún a pesar de las especiales relaciones entre CC y EP, se asignen entre ambas partes de la empresa los factores de la producción con criterio de mercado.

El Comentario 21 al artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010) que se refiere al análisis funcional y factual –primera fase para la atribución de beneficios al EP- señala como último paso de la fase:

*“... La atribución de capital sobre la base de los activos y riesgos atribuidos al establecimiento permanente”.*

El texto transcrito ha asumido las conclusiones del Informe OCDE (2010), como se puede comprobar de la lectura de los Párrafos que reproducimos a continuación, que reflejan el consenso alcanzado en este punto por los miembros del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, para solventar los problemas que plantea en el ámbito fiscal el EP infracapitalizado.

*Párrafo 116, Parte I. Conforme al criterio autorizado por la OCDE, el EP necesita que se le atribuya un cierto importe de capital “libre” con fines tributarios en concordancia con el principio de plena competencia, independientemente de que se realice o no una asignación formal. Proceder de otro modo sería inaceptable por*

*razones de política fiscal: el resultado no sería conforme con el principio de plena competencia, no reflejaría los beneficios obtenidos por el EP y ofrecería importantes posibilidades para la evasión fiscal. Por consiguiente, una decisión adoptada por la dirección de la empresa en el país de origen sobre la asignación de cierto capital al EP, o sobre la anotación de capital en los libros, no determina los riesgos asumidos por el EP ni el importe de capital “libre” atribuido en virtud del análisis funcional y factual.*

*Párrafo 86, Parte II. El régimen regulador de los bancos se basa en la reglamentación mundial aplicable por el país de origen a un grupo bancario consolidado. Esta regulación pretende garantizar, entre otras cosas, que el grupo bancario consolidado, en su conjunto, mantenga un importe de capital suficiente para cubrir las operaciones que ejerce y los riesgos que asume en sus operaciones mundiales, exigiendo que se mantenga un importe adecuado de capital a todos los niveles dentro del grupo bancario. A estos efectos se tiene en cuenta el total del capital de que dispone cada banco integrante del grupo bancario consolidado, con independencia de su ubicación, dado que la integridad del capital está potencialmente disponible para cubrir las pérdidas relacionadas con cualquier activo de ese banco. Si los organismos reguladores bancarios del país de origen siguen las normas del Comité de Basilea, los organismos reguladores del país receptor no intentarán, por lo general, determinar el nivel de capital suficiente para el banco, ni impondrán que el EP tenga que disponer de un capital propio mínimo.*

*Párrafo 87, Parte II. Por tanto, a los efectos reguladores tanto del país de origen como del país receptor, no es necesario imputar formalmente un cierto capital “libre” al EP, y así sus operaciones (a diferencia de las del propio banco) podrán financiarse íntegramente mediante deuda.*

*Párrafo 88, Parte II. No obstante, lo anterior no afecta a la atribución de capital “libre” con fines tributarios. Por tanto, puede ser necesario atribuir un importe de capital “libre” al EP, coherente con el principio de plena competencia a fin de asegurar una atribución de plena competencia de beneficios imponibles al EP, aún cuando no se haya imputado de hecho capital “libre” alguno al EP a los efectos reguladores u otros.*

Los textos anteriores evidencian como, en opinión del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, la normativa bancaria no condiciona, como no podía ser de otro

modo, la determinación de la renta fiscal del EP. Antes bien, el mensaje, desde mi particular punto de vista, se podría interpretar en el sentido que se expone a continuación: “El EP debe tener asignado fiscalmente una cifra de “capital libre” suficiente para dar cobertura a las operaciones que realiza y a los riesgos que asume en dichas operaciones, si bien no se considera imprescindible que dicha cifra de “capital libre” suficiente está asignada formalmente al EP”.

Y para alcanzar el importe de la renta económica del EP en España, la norma convenida -igual que la interna- estima que debe partirse de las anotaciones contables, las cuales siguiendo el contenido del Párrafo 49, Parte II del Informe OCDE (2010) deberán ser coherentes con el resultado del análisis funcional y factual que se haya hecho sobre el EP y respalda la posibilidad de rectificar el resultado contable del EP, practicando los ajustes pertinentes.

El artículo 7.2 dará cobertura al ajuste primario, siempre que el importe del mismo no conduzca a una atribución de beneficios al EP, por encima del que hubiera resultado de aplicar el principio de plena competencia, porque esto conllevaría a que el ingreso tributario del Estado de situación del EP se habría excedido<sup>266</sup>, lo que tampoco propician los Convenios.

La atribución de capital a los EP no es una cuestión nueva en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales. Confirman este hecho los Comentarios 41 y siguientes al artículo 7 del Modelo OCDE (2008) –inclusive en versiones anteriores a las citadas de 2008 y 2010, tales como la versión de 1992, la versión de 1995 y la de 2005, Comentarios 18 y siguientes- y asimismo los Párrafos 15<sup>267</sup>, 80 y 81 –entre otros- del Informe de 1984 sobre empresas bancarias internacionales incluido en la publicación de la OCDE “*Precios de Transferencia y empresas multinacionales -tres estudios fiscales.*”

Todos los textos aludidos se refieren a la problemática de la atribución del capital libre al EP y a la de su derivada, la de cuantificar los intereses por utilización de

---

<sup>266</sup> Ver Párrafo 163, Parte I del Informe OCDE (2010), Párrafo 198, Parte I del Informe OCDE (2008).

<sup>267</sup> En dicho Párrafo se señalan los motivos por los que las entidades financieras tienden a trabajar en otros Estados a través de la figura de la Sucursal, siendo uno de ellos la posibilidad de trabajar en el Estado de acogida sin obligación de dotación de Capital.

capitales ajenos que deben atribuirse a los EP en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia. En el primero, para calcular el Impuesto sobre beneficios a satisfacer y en el de residencia, a los efectos de determinar la renta respecto de la que se ha de eliminar la doble imposición –ya sea utilizando el método de exención o el de imputación-. Tema, por otra parte, estrechamente vinculado a la calificación en sede del EP de la financiación recibida de su CC, de otros EP e incluso de otras entidades del grupo mercantil.

- MODELO OCDE. VERSIÓN DE 17 DE JULIO DE 2008.

Cuando el ajuste a practicar en el EP deba realizarse bajo la cobertura de la versión del Modelo OCDE (2008), también el artículo 7.2 le apoya, al margen de que dicho número 2 no haga alusión expresa a las funciones, activos y riesgos del EP, en la manera en que lo hace el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010), sin embargo estos términos si se manejan en el Comentario 45, cuyo texto se transcribe más adelante. Lo cierto es que el artículo 7.2 prevé la atribución de beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia y ello pasa por imputar una cifra de “capital libre” al EP que le permita llevar a cabo su actividad correctamente, como paso previo y necesario para la cuantificación de los gastos financieros por la utilización de capitales ajenos.

Los Comentarios al artículo 7.2 de esta versión del Modelo OCDE invitan a atribuir capital libre al EP, al reconocer que la diferente interpretación que los Estados vienen dando al texto del artículo 7, puede llevar tanto a doble imposición, como a ausencia de tributación, situaciones, sin duda, alejadas de los objetivos perseguidos por los Convenios y para las que los Comentarios no ofrecen soluciones definitivas pero, no es menos cierto que los mismos consideran, que las repercusiones fiscales que provocan estas situaciones se suavizarían e incluso desaparecerían si se atribuyese una cifra adecuada de capital al EP. Así lo dice el Comentario 45 al artículo 7, cuyo texto se reproduce a continuación:

*Comentario 45 “Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la mayoría de los países miembros ha considerado que sería preferible buscar una solución factible que tome en consideración la estructura de capital adecuada, tanto para la organización como para las funciones realizadas. Esta estructura de capital adecuada tendrá en cuenta el*



*hecho de que para desarrollar sus actividades, el establecimiento permanente precisa de ciertos componentes para su financiación, constituido por capital “libre” y deuda con intereses. El objetivo que se pretende consiste por tanto en la atribución al establecimiento permanente de un importe de intereses de plena competencia después de habersele atribuido un importe de capital “libre” suficiente para soportar sus funciones, activos y riesgos. En virtud del principio de plena competencia, un establecimiento permanente debe tener capital suficiente para soportar las funciones que realiza, los activos sobre los que posee la propiedad económica y los riesgos que asume. La regulación del sector financiero fija niveles mínimos de capital regulador destinado a servir de colchón en caso de que algunos de los riesgos inherentes a la actividad se conviertan en pérdida financiera. El capital constituye una salvaguarda similar contra la materialización de riesgos en sectores no financieros”.*

El texto transcrito ha asumido las conclusiones del Informe OCDE (2008), como se puede comprobar de la lectura de los Párrafos 150, Parte I, y 87, 88 y 89 Parte II, cuyos textos son idénticos a los Párrafos 116, Parte I, y 86, 87 y 88 Parte II, del Informe OCDE (2010) reproducidos en líneas anteriores, al analizar el Modelo OCDE (2010), textos a los que nos remitimos a todos los efectos, para evitar repeticiones. En cuanto al Párrafo del Informe OCDE (2008) que alude a la contabilidad como punto de partida para determinar la renta económica del EP es el Párrafo 50, Parte II. También encontramos referencias sobre este aspecto en los Comentarios 16, 19, 20 y 51 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008)<sup>268</sup>.

## 2. ARTÍCULO 24 “NO DISCRIMINACIÓN”.

En líneas anteriores habíamos comentado que el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010) contiene la regla clave para atribuir beneficios a EP, si bien al realizar este ejercicio conforme a las directrices marcadas por el artículo 7.2 encontramos una importante limitación trazada por el artículo 24 del texto señalado. En efecto, el número 3 del mismo intenta proteger a los EP de cualquier trato discriminatorio en comparación con el trato que reciben las entidades constituidas y residentes en España, y para ello se centra básicamente, no tanto en prohibir un trato diferente, como en impedir que la

---

<sup>268</sup> Comentarios 13 y 14 en Modelo OCDE (2005).

imposición exigida a los EP sea más onerosa que la que se aplica a las sociedades residentes.

Para una mejor comprensión de estas líneas, reproducimos a continuación el literal del artículo 24.3 del Modelo OCDE (2010) y asimismo el Comentario 35 al mismo<sup>269</sup>:

*Número 3. Un establecimiento permanente que una empresa de un Estado tenga en el otro Estado no será sometido a imposición en este Estado de manera menos favorable que las empresas de éste último Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.*

*Comentario 35. "Según los términos de la primera frase del apartado 3, la imposición de un establecimiento permanente no debe resultar menos favorable en el Estado considerado que la referente a las empresas de este Estado que ejerzan la misma actividad. El objetivo de esta disposición es suprimir toda discriminación en el trato de los establecimientos permanentes respecto de las empresas residentes que pertenezcan al mismo sector de actividad en relación con los impuestos establecidos sobre actividades empresariales y profesionales, especialmente los impuestos sobre las utilidades de las empresas".*

Relacionando este artículo con la tarea que nos ocupa, se podría llegar a la conclusión de que la utilización de una opción que brinda una norma bancaria comunitaria<sup>270</sup>, cuya filosofía responde a facilitar la localización de actividades bancarias en cualquier territorio perteneciente al ámbito del Espacio Europeo, colaborando con las empresas para que las mismas puedan ejercer el derecho de libertad de establecimiento, con el mínimo de trabas posible, coopera en la minoración de la carga fiscal del EP en España, por comparación con la que se exigiría a una sociedad residente en España que, sencillamente por el hecho de cumplir los requerimientos

---

<sup>269</sup> Comentario 35 en Modelo OCDE (2008). Comentario 21 en Modelo OCDE (2005).

<sup>270</sup> Transpuesta a la normativa interna.

mínimos de capital, vería su factura fiscal incrementada, al acudir en igualdad de circunstancias en menor medida que el EP al recurso de capitales ajenos.

Aún, cuando no resulta sencillo definir con perfiles claros el principio de igualdad de trato, en los términos que predicen el artículo citado y sus Comentarios, no cabe duda que las dos situaciones dibujadas son similares y perfectamente comparables, tanto el EP en España, como la sociedad constituida en España, operan en el ámbito bancario, compitiendo en igualdad de condiciones ante los usuarios, sin embargo el hecho de que el EP carezca de capital, o presente déficit contable de recursos propios va a provocar un diferente trato fiscal.

Pues bien este diferente trato, en mi opinión, no es querido por el artículo 24.3, aún cuando puede parecer que el texto de dicho artículo está únicamente preparado para actuar cuando el EP en España resulte gravado de manera más onerosa que las sociedades residentes actuando en el mismo sector.

Para demostrarlo debería ser suficiente la lectura del Comentario 39 al artículo 24 del Modelo OCDE (2010)<sup>271</sup>, cuando nos indica que en el caso de EP no resulta tarea fácil estudiar los presupuestos de los que se puede deducir el trato discriminatorio, fundamentando dicha dificultad en la propia naturaleza del EP, habida cuenta que el mismo no tiene personalidad jurídica independiente de su CC.

A título de ejemplo señalaremos dos situaciones en las que para dar idéntico trato al EP que a la sociedad residente es preciso considerar al primero no como una empresa separada de su CC, sino como la parte que representa del total de su CC:

1. Establecimientos Permanentes de Personas Físicas.

La segunda parte del apartado 3 del artículo 24 pretende evitar que las personas físicas no residentes obtengan ventajas sobre las residentes en sus mismas condiciones – que sean titulares de actividades empresariales- por aplicación del principio de igualdad de trato. Esta situación se aborda concretamente en el Comentario número 36<sup>272</sup> que

---

<sup>271</sup> Comentario 39 en Modelo OCDE (2008). Comentario 23 en Modelo OCDE (2005).

<sup>272</sup> Comentario 36 Modelo OCDE (2008). Comentario 22 Modelo OCDE (2005).

faculta al Estado de situación del EP para conceder a las personas físicas no residentes las deducciones y desgravaciones personales, en la proporción que guarde el importe de los beneficios del EP con la renta mundial sujeta a gravamen en el Estado de residencia.

## 2. Aplicación de regímenes fiscales especiales a Establecimientos Permanentes.

Cualquier EP en España puede disfrutar de los beneficios de los regímenes especiales, siempre y cuando cumpla todos los requisitos que se les exige a las entidades residentes. Pues bien, si el EP desea tributar conforme al “régimen de empresa de reducida dimensión”<sup>273</sup>, el volumen de negocio a considerar para verificar si puede o no acogerse al mencionado régimen, no es el del EP, sino el volumen de negocio total de la empresa de la que forma parte. De no hacerse de esta manera, estaríamos haciendo menos gravosa la imposición de un EP cuyo importe neto de cifra de negocios fuera, por ejemplo, de 7.000.000 de euros –cuando el volumen neto de la cifra de negocios de la entidad financiera fuera 20.000.000 de euros- que la de una entidad residente que con el mismo volumen neto de negocio que la entidad financiera no residente, esto es 20.000.000 de euros, quedaría fuera del régimen especial.

Estimamos que estos dos ejemplos son suficientes para probar, tal y como predica el Comentario 39, la complejidad *de definir de modo claro y completo el principio de igualdad de trato*. No obstante lo anterior, el Comentario número 40 al artículo 24<sup>274</sup> nos da unas pautas para la determinación de la base imponible del EP, cuya aplicación práctica garantiza el respeto al principio de igualdad de trato.

La lectura de los Comentarios al artículo 24 nos reafirma en la posición de que, efectivamente, dicho artículo 24 vela para que la tributación de los EP en España no sea más gravosa que la de las entidades residentes, pero en modo alguno colabora para que dicha tributación pueda ser más favorable que la que se exigiría a las entidades residentes.

---

<sup>273</sup> Este régimen se regula en el artículo 108 y siguientes del TRLIS, teniendo derecho a disfrutar del mismo las entidades con un volumen neto de cifra de negocios, en el ejercicio inmediato anterior, inferior a 10.000.000 euros –cifra fijada por el Real Decreto Ley 3/2010, de 3 de diciembre-. Art. 101 Ley 27/2024.

<sup>274</sup> Comentario 40 Modelo OCDE (2008). Comentario 24 Modelo OCDE (2005).

Es por ello, que creemos que el artículo 24 del Modelo OCDE (2010), apoya el ajuste a practicar sobre el resultado contable del EP, pues consideramos que la ausencia o el déficit contable de recursos propios mínimos que ofrece el EP en España, no debe llevar a una menor factura fiscal, toda vez que una parte de sus recursos propios mínimos están contabilizados, como venimos diciendo, en sede de CC, siendo éste, precisamente, el hecho que provoca la minoración del coste fiscal en España.

### **3.6. AJUSTE EN EL ESTADO DE RESIDENCIA.**

Para analizar el ajuste bilateral o correlativo a practicar en residencia, nos ayudaremos del mismo ejemplo utilizado en el apartado 3.5.1. anterior, si bien antes, examinaremos brevemente la situación a nivel contable y a nivel fiscal.

#### **AMBITO CONTABLE.**

La entidad, en sede de residencia, presenta su contabilidad de manera consolidada, esto es, integra la contabilidad de la CC con la contabilidad del EP, de manera que si analizáramos la composición del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias que se ofrece a nivel consolidado, observaríamos:

- Por lo que respecta al Balance: La entidad como un todo estaría correctamente capitalizada, esto es, estarían capitalizados tanto la CC como el EP.
- Por lo que respecta a la cuenta de pérdidas y ganancias: 1) Se habrían compensado todas las anotaciones de signo contrario fruto de las operaciones realizadas entre la CC y el EP, por ejemplo y por lo que a este tema se refiere: en el caso de cantidades prestadas por parte de la CC al EP y que motivarían un gasto por pago de intereses en el EP y un ingreso por intereses en la CC por el mismo importe, dichas cantidades se anularían. 2) En este escenario, en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad solo tendrían impacto los intereses pagados por la CC y por el EP a terceros<sup>275</sup>.

Pues bien, a partir de esta cuenta de pérdidas y ganancias, armonizada con arreglo a la normativa contable, deberíamos estar en condiciones de cuantificar desde el

---

<sup>275</sup> Ver Capítulo 1, apartado 1.5 “Operaciones entre Casa Central y Establecimiento Permanente” en el que se describen diferentes operaciones realizadas entre la CC y el EP.

punto de vista económico, o lo que es igual, con criterio de contabilidad analítica, la renta aportada a la entidad por cada una de las unidades que la forman. Como consecuencia de este ejercicio asignaríamos a la CC y al EP los intereses por el uso de capitales ajenos afectados a la actividad desarrollada por cada uno de ellos, cifra que probablemente no coincidiría con la anotada en libros a nivel individual, pero que debería incluir los intereses satisfechos por el EP a la CC y viceversa por las cantidades prestadas entre ellos, siempre que las mismas no se identificasen con el capital mínimo que por normativa bancaria debieran tener cada una de estas divisiones. Obviamente y puesto que la contrapartida de gasto por intereses son ingresos por intereses, en la medida en que el gasto tiene incidencia económica para una parte, también la tendrá el ingreso para la otra parte.

#### AMBITO FISCAL.

En este ámbito, deberíamos prestar atención a las siguientes cuestiones:

- 1) Determinación de la base imponible de la entidad financiera para calcular el Impuesto sobre beneficios.

Si suponemos que la entidad financiera tributa en residencia por renta mundial, para determinar la base imponible partiríamos del resultado contable obtenido de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada a que nos hemos referido anteriormente.

- 2) Cuantificación de la renta generada por el EP, respecto de la que ha de eliminarse la doble imposición, lo que implica:
  - Atribuir beneficios al EP, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 del Modelo Convenio OCDE (2010), materia debatida en el Capítulo 1, apartado 1.4 “Atribución de Beneficios al Establecimiento Permanente” a la que nos remitimos, recordando la necesidad en esta fase de imputar al EP una cifra de gastos por intereses por el uso de capitales ajenos de mercado –tanto en lo que se refiere al tipo de interés, cuando existe financiación procedente de su CC, como al volumen de financiación obtenido-.
  - Determinar la renta del EP con criterio de norma del Estado de residencia, lo que significa analizar los gastos y los ingresos atribuidos

en la fase anterior, para verificar si son deducibles/tributables en residencia.

- 3) Eliminar la doble imposición, respecto de la renta determinada anteriormente, bien aplicando método de exención o método de imputación.

Para resumir: Si los dos Estados han atribuido beneficios al EP de acuerdo con las indicaciones previstas en el artículo 7.2 del Convenio Modelo OCDE (2010)<sup>276</sup>, no habría lugar a practicar ajuste bilateral. Y así está dicho en el Comentario 46 al apartado 3 del artículo 7, Modelo OCDE (2010), ya que en estos casos no hay riesgo de doble imposición<sup>277</sup>.

Ahora bien, en el caso en que no se hubieran atribuido beneficios al EP en la manera indicada, o cuando los dos Estados contratantes hayan interpretado el apartado 2 del artículo 7 de forma diferente, y no sea posible concluir que alguna de esas interpretaciones no sea conforme con su literal, debería practicarse ajuste en residencia o en fuente. Respecto de esta situación, el Párrafo 126, Parte II del Informe (2010) dice: *“..., es importante asegurarse de la eliminación de toda doble imposición que pudiera surgir de esa divergencia”*.

Dejando a un lado las operaciones entre CC y EP, en ocasiones la renta del EP cuantificada en residencia no coincide con la determinada en el Estado de la fuente, ello porque es muy posible que la normativa contable, a pesar de los esfuerzos armonizadores que realizan las diferentes instituciones –en el ámbito de la Unión Europea, a día de hoy, es todavía una asignatura pendiente-, y la normativa fiscal –tampoco en este área se ha llegado a un proceso armonizador en la Unión Europea– difieran de unos Estados a otros, lo que hace que en el Estado de la fuente solo aparezcan inscritos los gastos, provisiones, etc., del EP que tienen cobertura contable y fiscal en dicho Estado; sin embargo, en el Estado de residencia aparecen contabilizados todos los gastos de la CC y asimismo los gastos del EP, inclusive aquellos tales como provisiones, etc. que exigidos en el Estado de residencia, no se inscriben en el Estado

---

<sup>276</sup> Artículo 7.2 de las versiones de (2008) y de (2005).

<sup>277</sup> En el ejemplo que estamos desarrollando el cumplimiento del contenido del artículo 7 del Modelo OCDE (2010) llevaría a los dos Estados a atribuir Capital libre al EP.

de la fuente por carecer de respaldo legal<sup>278</sup>. En estos casos en que se manifiestan diferencias permanentes, no es posible eliminar la doble imposición que se produce.

### 3.6.1. EJEMPLO NUMÉRICO.

#### 1. Situación original:

Continuando con el ejemplo desarrollado en el apartado 3.5.1. anterior, ahora en sede de residencia, vemos como la entidad financiera ha consolidado la contabilidad del EP con la de la CC y ha eliminado la doble imposición de las rentas del EP a partir del resultado contable del mismo, tal y como se determinó en el Estado de la fuente.

#### 1 a) Eliminación de la doble imposición. Método de Exención.

|                                 | Casa Central  | E. Permanente | Total         |
|---------------------------------|---------------|---------------|---------------|
| Resultado Contable              | 740.000.000 € | 58.100.000 €  | 798.100.000 € |
| Ajuste Doble imposición         |               |               | -58.100.000 € |
| Base Imponible                  |               |               | 740.000.000 € |
| Tipo de Gravamen <sup>279</sup> | 28%           |               |               |
| Cuota Tributaria                |               |               | 207.200.000 € |

#### 1 b) Eliminación de la doble imposición. Método de Imputación.

|   | Casa Central  | E. Permanente | Total         |
|---|---------------|---------------|---------------|
| Resultado Contable  | 740.000.000 € | 58.100.000 €  | 798.100.000 € |
| Base Imponible  | 740.000.000 € | 58.100.000 €  | 798.100.000 € |
| Tipo de Gravamen  | 28%           |               |               |
| Cuota Tributaria  |               |               | 223.468.000 € |
| Deducción Doble Imposición <sup>280</sup> (58.100.000€ x 28%) |               |               | 16.268.000 €  |
| Cuota a ingresar  |               |               | 207.200.000 € |

<sup>278</sup> Las normas contenidas en la Circular 4/2004, sobre deterioro de activos financieros, son más severas que las aplicadas en otros Estados de la Unión Europea y asimismo en Estados Unidos, entre otros, lo que conlleva a que en España las anotaciones en concepto de deterioro de activos en Cuentas de Pérdidas y Ganancias sean superiores a las permitidas en otros Estados.

<sup>279</sup> Se ha considerado que el tipo de gravamen del Impuesto sobre Beneficios en el Estado de residencia es diferente del aplicado en el Estado de la fuente, al objeto de que puedan apreciarse las diferencias por este motivo.

<sup>280</sup> En el método de imputación, la deducción por doble imposición tiene como tope el impuesto que habría correspondido pagar de haberse obtenido las rentas en residencia. En el Estado de la fuente, como el tipo de gravamen era el 30% la cuota a ingresar fue 17.430.000 €, por eso opera el límite que resulta de aplicar a la renta del EP el tipo del Impuesto sobre Beneficios en residencia.



## 2. Situación corregida.

A partir de la renta fiscal de la entidad financiera a nivel consolidado, obtenida por agregación de las rentas individuales de la CC y del EP, asumiendo que ambas partes de la entidad han de contar con una cifra adecuada de “capital libre” estaríamos en condiciones de atribuir beneficios al EP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Modelo Convenio OCDE, al objeto de evitar la doble imposición de los mismos en sede de residencia, bien aplicando método de exención o de imputación.

Partiendo de la misma cuenta de pérdidas y ganancias que teníamos en la situación original, pues la situación a nivel consolidado es la misma, lo que tenemos que hacer es determinar cual ha sido el importe de la renta que ha aportado el EP a la cuenta general de pérdidas y ganancias, de acuerdo con la normativa del Estado de residencia. Y en este reparto de ingresos y gastos entre CC y EP, es cuando se procede a distribuir los gastos financieros pagados por la CC y por el EP a terceros entre ambas unidades o divisiones de la entidad con criterio de contabilidad analítica, así como, a asignar al EP los gastos por intereses correspondientes a la financiación suministrada por su CC que no pueda calificarse como capital del EP e igualmente asignar a la CC los gastos por intereses satisfechos al EP por la financiación recibida de este, la contrapartida sería un ingreso tributable en cada parte, respetando, si se considera adecuado el método de atribución de capital utilizado por el Estado de la fuente, que es lo que haremos en este ejemplo<sup>281</sup>.

### 2 a) Eliminación de la doble imposición. Método de Exención.

|                             | Casa Central  | E. Permanente | Total          |
|-----------------------------|---------------|---------------|----------------|
| Resultado Contable          | 740.000.000 € | 58.100.000 €  | 798.100.000 €  |
| Ajuste (Renta Económica)    |               |               |                |
| Redistribución de Intereses | -1.093.440 €  | 1.093.440 €   | 0 €            |
| Renta Económica             | 738.906.560 € | 59.193.440 €  | 798.100.000 €  |
| Ajuste Doble Imp.           |               |               | - 59.193.440 € |
| Base Imponible Corregida    |               |               | 738.906.560 €  |

---

<sup>281</sup> En el ámbito financiero es un hecho que la financiación suministrada por el EP a su CC nunca lo es en concepto de capital, ya que es usual que los EP estén subcapitalizados.

|                  |     |                  |
|------------------|-----|------------------|
| Tipo de Gravamen | 28% |                  |
| Cuota Tributaria |     | 206.893.836,80 € |

2 b) Eliminación de la doble imposición. Método de Imputación.

|  | Casa Central  | E. Permanente | Total            |
|--|---------------|---------------|------------------|
| Resultado Contable                             | 740.000.000 € | 58.100.000 €  | 798.100.000 €    |
| Ajuste (Renta Económica)                       |               |               |                  |
| Redistribución de Intereses                    | -1.093.440 €  | 1.093.440 €   | 0 €              |
| Renta Económica                                | 738.906.560 € | 59.193.440 €  | 798.100.000 €    |
| Base Imponible corregida                       |               |               | 798.100.000 €    |
| Tipo de Gravamen                               | 28%           |               |                  |
| Cuota Tributaria                               |               |               | 223.468.000 €    |
| Deducción Doble Imposición (59.193.440€ x 28%) |               |               | 16.574.163,20 €  |
| Cuota a ingresar                               |               |               | 206.893.836,80 € |

Se puede observar, como el incremento de Base Imponible del EP en el Estado de la fuente por la no deducción de la retribución del capital propio, requiere neutralizar en el Estado de residencia el ingreso de la CC correlativo al gasto del EP.

Como se indicó en líneas anteriores, a nivel consolidado el resultado de la entidad financiera residente en el extranjero, considerada en su perspectiva de persona jurídica única, es único. Por ello la modificación del posicionamiento original del capital libre y de los recursos ajenos de la entidad en la CC y en el EP provocado por el ajuste primario realizado en el Estado de la fuente para dotar al EP de una cifra de capital libre, siguiendo cualquiera de los métodos recomendados por la OCDE, modificaría los balances individuales de la CC y del EP, pero de ninguna manera el Balance global de la entidad financiera, de igual forma la operación mencionada modificaría la carga financiera a nivel individual de la CC y del EP, pero en modo alguno la carga financiera global y por tanto por la misma razón, se alteraría la contribución de cada parte de la entidad –CC y EP- a la formación del resultado de la entidad, pero no el resultado global de la misma.

De ahí que la rectificación de la renta económica del EP en el Estado de la fuente, si no va acompañada de la rectificación por el mismo concepto de la renta del EP y de la CC en residencia, puede llevar a la tributación a nivel consolidado de una renta superior a la realmente obtenida por la entidad, o lo que es igual a que una parte de la renta de la entidad tribute dos veces, una en fuente y otra en residencia.

Esta situación, si CC y EP estuviesen sometidas a la misma jurisdicción fiscal, no provocaría ningún problema, dado que la renta total de la entidad, exponente de la capacidad económica de la misma, no se alteraría, como dijimos, por el hecho de modificar la proporción en la que las diferentes divisiones de la entidad colaboran a su formación, como tampoco variaría el Impuesto sobre beneficios a pagar.

No ocurre lo mismo cuando –como en este caso- dichas unidades están sometidas a jurisdicciones fiscales diferentes, por cuanto la correcta adscripción de renta o atribución de beneficios a las diferentes divisiones de la entidad es garantía de que cada Estado perciba los ingresos tributarios que le corresponden, de acuerdo con el reparto de potestad tributaria previsto en el artículo 7.1 del Modelo OCDE (2010), de ahí la justificación del ajuste a practicar sobre el resultado contable del EP en fuente, que desencadenaría el correlativo en residencia, tal y como indica el apartado 3 del artículo 7 del Modelo OCDE (2010).

Partiendo de la cifra de “capital libre” del EP – y siempre naturalmente que el Estado de residencia estuviese de acuerdo con la fórmula elegida para su determinación en el Estado de situación del EP- la diferencia hasta el total “capital libre” de la entidad ha de ser necesariamente el “capital libre” de la CC –consideramos que la CC tiene únicamente un EP, aunque el análisis que hacemos puede exportarse perfectamente a una CC con varios EP-, esto quiere decir que la cifra de capital inicialmente inscrita en libros de la CC ha de minorarse, lo cual conlleva que la CC para equilibrar su balance necesita una masa de recursos ajenos superior a la inscrita en contabilidad, siendo el resultado final para la CC un mayor importe de gastos de financiación y una menor renta económica y fiscal.

El fundamento para practicar el ajuste primario sobre el resultado contable del EP, era que se habían anotado en contabilidad unos gastos por intereses por el uso de capitales ajenos superiores a los intereses que correspondían a los capitales ajenos necesarios, según normativa bancaria, para realizar la actividad financiera. Pues bien, el mismo fundamento, pero en sentido opuesto, es el que justifica el ajuste bilateral: la CC ha deducido fiscalmente un importe de gastos por intereses inferior al importe de intereses que corresponderían a los capitales ajenos necesarios, de acuerdo con la normativa bancaria, para realizar su actividad, o ha computado un ingreso financiero por las cantidades dadas en préstamo a su EP en concepto de dotación de capital, que a nivel consolidado se ha eliminado con el gasto del EP, pero que a nivel individual no debe considerarse. Ello ha sucedido de esta manera porque la CC tenía inscrita en su balance una cifra de capital superior a la necesaria, según normativa bancaria, para cubrir la financiación de sus funciones, activos y riesgos, lo que la ha permitido acudir a la financiación ajena en menor medida.

La recolocación de los gastos financieros entre CC y EP incide directamente en el resultado económico de ambos y obviamente en la cuantía de renta del EP respecto de la que ha de eliminarse la doble imposición, siendo la diferencia entre la deducción por doble imposición practicada en origen y la recalculada, el importe del impuesto en el que se materializa el ajuste en residencia.

Ahora bien, aunque la cuantía del ajuste sea la misma en fuente que en residencia, se recuerda que el mayor impuesto pagado en fuente no tiene que ser necesariamente igual al impuesto que se ha de devolver en residencia. Ello es debido a que el tipo del Impuesto sobre beneficios en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia pueden ser diferentes, además hay que considerar las modificaciones de las deducciones de la cuota, a que tienen derecho el EP y la CC en su respectivo Estado, motivadas por la rectificación de bases y cuotas a consecuencia de los ajustes practicados.

### 3.6.2. POSICIÓN DEL ESTADO DE RESIDENCIA ANTE EL AJUSTE PRACTICADO EN EL ESTADO DE LA FUENTE.

Las posiciones que el Estado de residencia puede adoptar ante un ajuste practicado en el Estado de la fuente son las siguientes:

1. El Estado de residencia ha atribuido beneficios al EP de acuerdo con el principio de libre competencia, tal y como está dicho en el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010)<sup>282</sup>. Se eliminará la doble imposición de las rentas del EP sin más, y no habrá lugar para el ajuste<sup>283</sup>, habida cuenta que en esta situación no ha debido de haber doble imposición.

2. El Estado de residencia no ha atribuido beneficios al EP de acuerdo con el principio de libre competencia, si bien, una vez revisada la actuación del Estado de la fuente y los cálculos realizados por este para atribuir capital libre al EP, se muestra conforme con el método seguido en el Estado de la fuente. En este caso, el Estado de residencia, ajusta la renta del EP y de la CC de acuerdo con el contenido del artículo 7.3 del Convenio Modelo OCDE (2010), replicando el ajuste realizado en fuente.

Dado que no hay un método único para atribuir capital libre al EP<sup>284</sup>, no es extraño que puedan darse discrepancias entre las decisiones de las autoridades fiscales del Estado de localización del EP y las decisiones de las autoridades fiscales del Estado de residencia de la CC –situación a la que nos referimos en el número 3 siguiente-. El Comentario 48 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) sale al paso de esta singular situación, de manera práctica, destacando que los Estados miembros de la OCDE acordaran *“a los efectos de determinar el importe de la deducción por intereses que se utilizará para calcular la exención por doble imposición, la atribución de capital resultante del criterio utilizado por el Estado en que esté ubicado el EP, cuando se satisfagan las dos condiciones siguientes: primero, que la diferencia en la atribución de capital entre ese Estado y el Estado de la empresa resulte de las diferencias en la elección de los métodos de atribución de capital debido a diferencias en la legislación y segundo, que se esté de acuerdo en que el Estado en que está ubicado el EP ha utilizado un criterio autorizado*

---

<sup>282</sup> Lo más frecuente es que la entidad financiera atribuya beneficios al EP de la misma forma en el Estado de la fuente que en el de residencia.

<sup>283</sup> Comentario 46 al artículo 7.3 Modelo OCDE (2010).

<sup>284</sup> Ver apartado 3.3. “Cuantificación de la cifra de Capital libre. Métodos” y apartado 3.5.1. “Ejemplo numérico” en el Estado de la fuente.

*para la atribución de capital y en que ese criterio, aplicado a ese caso concreto, arroja un resultado coherente con el principio de plena competencia*”. Ello supone aplicar el principio de simetría, lo que conlleva que el Estado de residencia ajuste siguiendo las pautas marcadas por el Estado de la fuente, pautas que de alguna manera también estarán avaladas por su propia normativa interna<sup>285</sup>.

Este es el escenario que hemos querido representar en el ejemplo que ilustra el apartado 3.6.1. anterior.

3. El Estado de residencia no ha atribuido beneficios al EP de acuerdo con el principio de libre competencia, pero además una vez revisada la actuación del Estado de la fuente tampoco se muestra conforme con el método seguido por dicho Estado para atribuir capital libre al EP.

Aquí es cuando se pone en marcha el procedimiento amistoso regulado en el artículo 25 del Convenio Modelo OCDE y en el Convenio Europea de Arbitraje, que facilita la comunicación entre los Estados con vistas a intercambiar sus puntos de vista sobre el método seguido para atribuir capital libre en el Estado de localización del EP, en aras de lograr un resultado satisfactorio para ambos Estados. Ambas normas se comentan en el apartado 3.7.

### 3.6.3. NORMAS DE COBERTURA.

La cobertura normativa de que dispone el Estado de residencia para practicar el ajuste bilateral o correlativo, única forma de eliminar la doble imposición, provocada por la práctica del ajuste original o primario en España, es la siguiente:

- A) El Estado de residencia es un Estado miembro de la Unión Europea que haya suscrito el Convenio Europeo de Arbitraje, Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, para evitar la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas y asimismo tiene suscrito un Convenio para evitar la doble imposición con España. El ajuste puede realizarse al amparo de cualquiera de las normas aludidas.

---

<sup>285</sup> En los Comentarios al Modelo OCDE (2010) no encontramos recogido el principio de simetría.

B) El Estado de residencia es un Estado convenido. El ajuste se realiza de acuerdo con el Convenio correspondiente.

La norma mencionada en primer lugar obliga a los Estados a eliminar la doble imposición, en tanto que la norma convenida –para los Convenios redactados según versiones del Modelo anteriores a la versión de 2008- recomienda, pero no impone eliminar la doble imposición, por ello la mayoría de entidades financieras residentes en Estados de la Unión Europea con EP situados igualmente en Estados comunitarios, con Convenios suscritos según versiones anteriores a la de 2008, plantean los procedimientos amistosos al amparo de la norma comunitaria<sup>286</sup>.

#### 3.6.3.1. NORMAS DE COBERTURA COMUNITARIA

El Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, para evitar la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas, responde al compromiso plasmado en el artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, por el cual las partes integrantes se comprometieron a entrar en negociaciones con vistas a elaborar una herramienta que permitiese corregir la doble imposición generada por las operaciones realizadas entre empresas asociadas residentes en los distintos Estados.

Es claro que la creación de un Espacio Económico sin barreras a través de la puesta en práctica de los principios de libertad de establecimiento, libertad de circulación de bienes y personas y libertad de movimiento de capitales podía dar lugar en el ámbito fiscal, como consecuencia de las diferentes operaciones realizadas entre empresas asociadas, tanto a supuestos de doble imposición, como a supuestos de ausencia de imposición. De ahí la necesidad de abordar estos problemas con una norma aparente, como la contenida en el artículo 4.2 del Convenio de referencia.

Este Convenio, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1995, una vez satisfechos todos los requisitos previstos en su articulado para ello, ha tenido una

---

<sup>286</sup> En la versión del Modelo OCDE (2008), se ha incluido dentro del artículo 25 la cláusula de arbitraje, a través del apartado 5, cláusula que garantiza la eliminación de la doble imposición.

vigencia un tanto azarosa<sup>287</sup>, si bien se puede afirmar que todos los Estados de la Unión Europea, a día de hoy, han cumplido los requisitos para su aplicación.

El Convenio, a través del artículo 4.2 sienta unas bases para la valoración de operaciones realizadas entre empresas asociadas residentes en diferentes Estados miembros de la Unión Europea –aplicables asimismo a las operaciones entre CC y EP, dado que su artículo 1.2 acoge bajo su ámbito de aplicación a los EP, a los que otorga el rango de empresa del Estado en el que se hallen situados-, bases que en el supuesto de seguirse rigurosamente por las dos empresas –en nuestro caso por el EP y por la CC-, llevará a que la operación cuestionada cuando se ensambla en el engranaje fiscal de cada una de las empresas en su Estado respectivo –Estado de la CC y del EP-, no provocará doble imposición.

Hemos de resaltar que el Convenio 90/436/CEE, bebe en parte de las fuentes de la norma convenida, así el artículo 4.2 prevé que las operaciones entre empresas asociadas han de valorarse a mercado –misma filosofía que el artículo 7.2 del Modelo Convenio OCDE-. De otro lado, el artículo 2 del Convenio 90/436/CEE, en lo que se refiere a los términos cuyo significado no esté previsto en el mismo, nos remite al significado que dichos términos tengan en el Convenio suscrito por los Estados afectados en materia de doble imposición, que pasa de este modo a convertirse en referente obligado para la aplicación del Convenio 90/436/CEE.

Pues bien, entendemos que la doble imposición que provoca, en sede de residencia, el ajuste practicado sobre el resultado contable del EP, como consecuencia de no haberse seguido en la atribución de beneficios al mismo el principio de libre concurrencia, como sucede en los ejemplos desarrollados en los apartados 3.5.1. y 3.6.1. anteriores, que se han utilizado para ilustrar el caso, puede corregirse de acuerdo con el artículo 4.2 del Convenio 90/436/CEE.

Ello se materializará, como dijimos anteriormente, asignando a cada parte de la entidad financiera –CC y EP- beneficios con arreglo al principio de libre competencia,

---

<sup>287</sup> Sobre esta cuestión, ver Convenios Fiscales Internacionales, Editorial CISS, 2005, Capítulo III.3 “*Empresas Asociadas*”, Montserrat Trapé Viladomat, página 182 y Capítulo VI “*Otros Tratados Internacionales*”, Adolfo J. Martín Jiménez, página 504 y siguientes y asimismo Impuesto sobre Sociedades, Editorial Aranzadi, 2010, Capítulo 51, “*La armonización del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*”, Santiago Álvarez García, página 1588 y siguientes.



lo que supone asignar a la CC y al EP, entre otros, los gastos financieros correspondientes a sus necesidades de recursos ajenos de mercado, que en definitiva serán los que se correlacionen con los ingresos respectivos y eliminando la doble imposición de las rentas el EP en sede de residencia.

El Convenio, además de justificar el ajuste, incorpora el procedimiento a seguir para que este llegue a buen puerto, desarrollando las diferentes fases a consumir por los Estados afectados, hasta culminar en el arbitraje que garantiza la eliminación de la doble imposición.

### 3.6.3.2. NORMAS DE COBERTURA CONVENIDAS

Cuando es la norma convencional la que se utiliza para dar respaldo al ajuste bilateral en el Estado de residencia, en el artículo 7 del Modelo OCDE tenemos la herramienta idónea<sup>288</sup>. A continuación nos referimos a este artículo.

- MODELO OCDE. VERSION DE 22 DE JULIO DE 2010.

Si la entidad financiera, como venimos diciendo, hubiera seguido al pie de la letra el principio recogido en el artículo 7.2 para atribuir beneficios al EP en los dos Estados –residencia de la CC y localización del EP- no se hubieran dado problemas de doble imposición<sup>289</sup>. En el caso que nos ocupa, ello habría supuesto, entre otros, atribuir “capital libre” al EP en los dos Estados, tarea que se hubiera realizado utilizando alguno de los métodos propuestos por la OCDE en el Informe OCDE (2010)<sup>290</sup>. Este modo de conducirse, habría sido aceptado, creemos, por los dos Estados, por lo que no se habría producido el problema que tratamos de atacar.

Como no ha sucedido de este modo, el Estado de ubicación – España- asignará una cifra de capital libre al EP, desencadenando el problema de doble imposición de la renta que se identifica, por un lado con el ajuste positivo realizado sobre el resultado contable del EP y de otro lado con la renta que fue objeto de gravamen en residencia, materializada en el mayor beneficio atribuido a la CC, como consecuencia de disponer

---

<sup>288</sup> La mayoría de Estados comunitarios han suscrito Convenios para evitar la doble imposición en materia de renta con España.

<sup>289</sup> El mandato del artículo 7.2 para atribuir beneficios al EP surte efectos en los dos Estados contratantes.

<sup>290</sup> Ver apartado 3.3 de este Capítulo, “Cuantificación de la cifra de Capital libre. Métodos”.

de una cifra de Recursos propios que funcionalmente deberían haber estado adscritos al EP y en el hecho de haber eliminado la doble imposición de las rentas generadas por el EP sobre el resultado contable determinado en el Estado de la fuente.

Pues bien, el artículo 7.3 permitir abordar la doble imposición en el Estado de residencia, según observamos de la literatura del mismo:

*“Cuando de acuerdo con el apartado 2, un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios que ya han sido gravados en el otro Estado, ese otro Estado en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste”.*

De la redacción de este número 3 se deduce, de manera explícita, la obligación que recae sobre el Estado de residencia de la CC –en este caso-, que ha gravado previamente la renta que se ajusta en el EP, de hacer un ajuste en la cuantía necesaria para eliminar la doble imposición.

Los Comentarios al artículo 7.3, concretamente el Comentario 55 y siguientes aclaran que el Estado de residencia realizará el ajuste cuando realmente exista doble imposición y siempre que el Estado de la fuente haya ajustado los beneficios del EP de acuerdo con el contenido del artículo 7.2. En la medida en que el Estado de residencia considere que el ajuste original practicado en el Estado de la fuente no se ha realizado en los términos prescritos en el artículo 7.2, y por tanto entienda que el mismo no está fundamentado, tal y como recoge el Comentario 59 al artículo 7, dicho Estado no se sentirá obligado a practicar el ajuste correlativo.

- MODELO OCDE. VERSION DE 17 DE JULIO DE 2008.

En esta versión del Modelo OCDE, la norma de valoración que incorpora el artículo 7.2 del Modelo OCDE también tiene eficacia en los dos Estados contratantes, de ahí, se puede afirmar que de la misma forma que dicho artículo 7.2 respalda el ajuste en el Estado de la fuente, a partir de la atribución de capital libre al EP en España,

igualmente daría cobertura al ajuste bilateral que en su caso pudiera practicarse respecto del Impuesto sobre beneficios de la CC en su Estado de autorización o residencia, habida cuenta que también en tal Estado deben atribuirse al EP los beneficios que el mismo hubiera podido obtener *“si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas y similares actividades, en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”*, esto es, con arreglo al principio de plena competencia. Realizar esta tarea en el modo expuesto garantiza que tanto la renta fiscal de la CC como la del EP se han determinado correctamente; dicho de otra forma: si como consecuencia de la valoración de las operaciones entre CC y EP de espaldas al principio enunciado, la renta del EP está infradimensionada, la consecuencia no puede ser otra que la renta de la CC está sobredimensionada.

En realidad, prácticamente todo lo que expusimos en el apartado anterior, Modelo OCDE (2010) es trasladable a este apartado.

### **3.7. AJUSTES MEDIANTE PROCEDIMIENTO AMISTOSO.**

Los ajustes mediante procedimiento amistoso pueden practicarse bajo la cobertura de la normativa comunitaria y de la normativa convenida. Una vez iniciados los procedimientos, con arreglo a una u otra norma, discurren según el protocolo diseñado por la normativa interna, a la que también haremos referencia.

#### **3.7.1. NORMA COMUNITARIA.**

El Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, para evitar la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas, como dijimos en el apartado 3.6.3.1. anterior, además de sentar el criterio de valoración de las operaciones realizadas entre empresas asociadas residentes en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, establece los cauces del procedimiento a seguir para eliminar la doble imposición de las rentas que pueda acontecer como consecuencia de la inobservancia del criterio de valoración contenido en su artículo 4.2.

Ahora bien, el procedimiento únicamente se activa cuando, tal y como se expuso en el apartado 3.6.2 de este Capítulo, el Estado de residencia no estuviese conforme con el ajuste practicado en el Estado de la fuente –o mejor con el método seguido para

atribuir capital libre al EP-. En aquellos casos en que el Estado de residencia estuviese conforme con el método elegido por el Estado de la fuente para atribuir capital libre al EP, el primero corregiría la doble imposición sin más preámbulo.

El análisis del Convenio 90/436/CEE iría más allá del ámbito de este trabajo, no obstante haremos un breve repaso de algunas cuestiones de las que trata, por el grado de incertidumbre que las mismas pueden introducir en las entidades afectadas, dadas la necesidad de conciliar norma interna y norma comunitaria.

- a) Inicio del procedimiento. El artículo 5 se ocupa de este tema, indicando que *“Cuando un Estado contratante tuviere intención de corregir los beneficios de una empresa en aplicación de los principios enunciados en el artículo 4, informará con la debida antelación a la empresa de su intención, y le dará ocasión de informar a la otra empresa, de forma que esta pueda informar a su vez al otro Estado contratante. No obstante, no habrá impedimento para que el Estado contratante que facilita la información efectúe la corrección pertinente”*.
- b) Plazo para iniciar el procedimiento. El plazo para iniciar el procedimiento es de 3 años, a partir de la primera notificación de la medida que ocasione o pueda ocasionar la doble imposición.
- c) Plazo para resolver el procedimiento. Las autoridades fiscales disponen del plazo de 2 años, a partir de la primera fecha en que se presente el caso ante una de las autoridades competentes, para llegar a un acuerdo que evite la doble imposición. Si transcurrido ese tiempo, las autoridades no llegan a un acuerdo, constituirán una Comisión consultiva a la que se encarga que emita un dictamen para eliminar la doble imposición. Dicho dictamen se emite en el plazo de 6 meses a partir de la fecha en que se haya realizado la consulta a la Comisión. Las autoridades a partir del momento en que la Comisión consultiva haya evacuado el dictamen disponen de un plazo de otros 6 meses para ejecutarlo y lo harán siguiendo el dictamen o apartándose de el.
- d) Compatibilidad de recursos internos con el procedimiento. En principio, el contribuyente puede al mismo tiempo interponer recursos internos y tramitar el procedimiento para eliminar la doble imposición, incluso en la fase de actuación de la Comisión consultiva. Si bien, es obvio que en algún momento tiene que

decidirse por uno de los dos caminos, de tal forma que si la legislación interna no permite bajo ningún concepto que las resoluciones de las instancias judiciales no se ejecuten, es claro que si el desarrollo del procedimiento se desenvuelve de un modo en que el contribuyente considera que le es favorable, ha de renunciar a todos los recursos planteados, para que las autoridades fiscales se pronuncien con carácter definitivo.

- e) Ejecución del acuerdo. El acuerdo tomado por las autoridades fiscales se ejecuta prescindiendo de los plazos internos de prescripción de los Estados afectados, lo que hemos de interpretar en el sentido de que el inicio de un procedimiento amistoso para eliminar la doble imposición interrumpe la prescripción.
- f) Compatibilidad del procedimiento con la aplicación de sanciones. El artículo 8 del Convenio se ocupa de este tema estableciendo la obligación para las autoridades competentes de no entablar el procedimiento ni de constituir la Comisión consultiva en los casos en que *“algún procedimiento judicial o administrativo decida con carácter definitivo que una de las empresas de que se trate, mediante actos que den lugar a una corrección de los beneficios con arreglo al artículo 4, puede ser objeto de una sanción grave”*. En caso de que el procedimiento judicial se halle pendiente de pronunciamiento, el procedimiento para eliminar la doble imposición se suspende hasta que el judicial resuelva con carácter definitivo si la conducta del contribuyente debe ser penalizada o no, con una sanción grave<sup>291</sup>.

### 3.7.2. NORMA CONVENIDA.

En la norma convenida, el artículo 25 “Procedimiento Amistoso” diseña la ruta a seguir por los Estados y por el contribuyente, en tanto que impulsor del procedimiento amistoso, en supuestos en los que se produzca doble imposición de las mismas rentas. Los casos de doble imposición a los que atiende el artículo, según el Comentario número 9 en la versión del Modelo OCDE (2010), son, entre otros:

---

<sup>291</sup> En el propio Convenio se recogen declaraciones unilaterales de los Estados que definen el concepto de “sanción grave”.

- Cuando el contribuyente haya soportado una imposición no conforme con las disposiciones del Convenio, como consecuencia de la actuación de los dos Estados.
- Para resolver los problemas relativos a la interpretación o aplicación del Convenio.
- Para eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.
- Para hacer frente a la doble imposición provocada por las medidas adoptadas por uno de los Estados para atribuir beneficios a un Establecimiento Permanente en aplicación del apartado 2 del artículo 7<sup>292</sup>.

El artículo 25 del Modelo Convenio, hasta la modificación operada en el mismo a través de la versión del Modelo OCDE (2008), se consideraba una herramienta a disposición de los Estados, en virtud de la cual estos debían dirigir toda su voluntad y esfuerzo a realizar todas las gestiones posibles para intentar eliminar la doble imposición de las rentas, pero no tenían la obligación de llegar a un acuerdo por el cual se eliminase dicha doble imposición, esto es la obligación de los Estados se concretaba en hacer ese esfuerzo, pero no en conseguir necesariamente un resultado.

Sin embargo, la versión del Modelo Convenio OCDE (2008) ha modificado la redacción del artículo 25, ofreciendo su apartado 5 un instrumento *“que permite la consecución de un acuerdo entre los Estados aún cuando en la negociación hayan surgido aspectos sobre los que las autoridades no hayan podido concertar sus posiciones”*<sup>293</sup>, que no es otro que el procedimiento arbitral, lo que significa que en el momento actual, las dos normativas –comunitaria y convenida- pueden conducir al mismo resultado. No obstante lo anterior, hay que indicar que solo los Convenios negociados según la versión del Modelo OCDE (2008) incorporarán –si esta ha sido la decisión de las partes- el artículo 25 con apartado 5, de ahí que los beneficiarios de estos Convenios podrán hacer uso del derecho al arbitraje recogido en el artículo. Por lo que se refiere a los Convenios suscritos por España, la mayoría se han negociado con arreglo a

---

<sup>292</sup> Este último supuesto es una novedad de la versión de 2010, que tiene su origen en la nueva redacción del artículo 7.3 de esta versión. El Comentario número 9 al artículo 25 en versiones anteriores, si bien no mencionaba el supuesto de doble imposición provocado por la aplicación del artículo 7.2., no es menos cierto que tampoco daba una lista cerrada de supuestos, por lo que hemos de concluir que el procedimiento del artículo 25 del Modelo OCDE en las versiones anteriores a 2010 también se puede utilizar para estos casos.

<sup>293</sup> Comentario 37 al artículo 25 en las versiones del Modelo OCDE (2008) y (2010).

versiones del Modelo Convenio OCDE anteriores a 2008, por lo que en ellos no aparece inserta la cláusula de arbitraje, como excepción señalamos la reciente modificación del Convenio con Suiza, según Protocolo de 27 de julio de 2011, en cuyo artículo 25 se ha incluido el apartado 5, por lo que en los Procedimientos Amistosos con este Estado iniciados a partir de 24 de agosto de 2013<sup>294</sup>, bajo ciertas condiciones, se podrá acceder al procedimiento arbitral.

Los Comentarios a este artículo han recogido las recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en el sentido de sensibilizar a los Estados para que doten al procedimiento de la máxima agilidad y así, en aras de lograr el punto de equilibrio: de un lado, se exigen las formalidades mínimas y de otro, se ofrecen al contribuyente las garantías máximas.

En ellos se abordan prácticamente todos los temas que pueden surgir en una negociación de estas características, tales como plazos para que el contribuyente inicie el procedimiento, plazos para resolver, compatibilidad de recursos internos con la interposición y desarrollo del procedimiento, e inclusive la viabilidad de compatibilizar la solicitud del contribuyente de diferir la aplicación del resultado de la solución convenida en el procedimiento amistoso hasta que el tribunal interno se haya pronunciado sobre el tema, la posibilidad de suspender el procedimiento amistoso durante el tiempo que dure la solución del recurso, medidas todas ellas tendentes, sin duda, a satisfacer en la mejor forma posible el interés del contribuyente. A estas cuestiones dedicamos las líneas siguientes:

- a) Inicio del procedimiento. El contribuyente se puede dirigir a las autoridades fiscales de su Estado de residencia en el momento en que prevea que la actuación del otro Estado, puede provocarle doble imposición.
- b) Plazo para iniciar el procedimiento. El plazo para iniciar el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1, es de 3 años, a partir de la primera notificación de la medida que ocasione o pueda ocasionar la doble imposición.

---

<sup>294</sup> Fecha de entrada en vigor del Protocolo.

- c) Plazo para resolver el procedimiento. Las autoridades fiscales disponen del plazo de 2 años a partir de la primera fecha en que se presente el caso ante una de las autoridades competentes para llegar a un acuerdo que evite la doble imposición. Si transcurrido ese tiempo, las autoridades no llegan a un acuerdo, el contribuyente puede solicitar la remisión del expediente al procedimiento arbitral.
- d) Ejecución del acuerdo. El acuerdo tomado por las autoridades fiscales se ejecuta prescindiendo de los plazos internos de prescripción de los Estados afectados, lo que ha de entenderse como indicativo de que el inicio de un procedimiento amistoso para eliminar la doble imposición interrumpe la prescripción.
- e) Procedimiento arbitral. Se inicia a instancia del contribuyente respecto de aquellas cuestiones no resueltas por las autoridades fiscales en la fase anterior. En el curso del mismo se constituirá una Comisión consultiva a la que se encarga que emita un dictamen independiente sobre las cuestiones planteadas, dictamen que hace posible el acuerdo amistoso. Dicho dictamen se emite en el plazo de 6 meses a partir de la fecha en que se haya puesto en marcha el procedimiento arbitral.
- f) Ejecución del laudo. Las autoridades disponen, a partir del momento en que se les haya comunicado el dictamen, de un plazo de 6 meses para ejecutarlo. El laudo arbitral será vinculante para ambos Estados, siempre y cuando alguno de los contribuyentes no lo rechace, en caso de rechazo no se eliminará la doble imposición. El laudo se aplica con independencia de los plazos internos de prescripción de los Estados<sup>295</sup>.
- g) Compatibilidad de recursos internos con el procedimiento. En principio, el contribuyente puede al mismo tiempo interponer recursos internos y

---

<sup>295</sup> Sobre este aspecto, señalamos que España en la versión del Modelo OCDE (2008) ha formulado en el Comentario 98 una reserva a la segunda frase del apartado 2 del artículo, que dice *“El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes”*, por considerar que la ejecución material de desgravaciones o devoluciones impositivas en virtud de un acuerdo amistoso debería estar vinculada al plazo previsto en la legislación interna española. Sin embargo, dicha reserva no aparece en las reservas al artículo 25 en la versión del Modelo OCDE (2010).



tramitar el procedimiento para eliminar la doble imposición, incluso si está funcionando la fase arbitral. Si bien, es obvio que en algún momento tiene que decidirse por uno de los dos caminos, de tal forma que si la legislación interna no permite bajo ningún concepto ignorar las resoluciones de las instancias judiciales, los Comentarios al artículo<sup>296</sup> indican que el contribuyente deberá renunciar a todos los recursos planteados sobre las cuestiones objeto del procedimiento, para que las autoridades fiscales se decanten por una solución. Por los mismos motivos, no procede someter a la fórmula del arbitraje aquellos casos en los que un tribunal u organismo administrativo de cualquiera de los Estados contratantes, se hayan pronunciado con anterioridad sobre cuestiones no resueltas.

- h) Compatibilidad del procedimiento con la aplicación de sanciones. El artículo 25 del Modelo Convenio OCDE (2010) no hace referencia alguna a esta importante cuestión basada en la conducta culpable del contribuyente, por tanto cabe acudir al procedimiento incluso si el contribuyente ha cometido alguna infracción anudada a una sanción grave. Sin embargo, los Estados contratantes tienen libertad en la fase de negociación de sus Convenios para introducir en los mismos cualquier cláusula que limite la posibilidad de acudir al procedimiento amistoso y o al arbitral a los contribuyentes que hayan mostrado en sus actuaciones una conducta culposa o dolosa o bien que hayan hecho un uso indebido del Convenio.

### 3.7.3. NORMA INTERNA.

El cauce a seguir para que los procedimientos amistosos, una vez iniciados, lleguen a buen puerto se desarrolla a nivel de normativa interna por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, este Reglamento es de aplicación a los procedimientos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la norma -19 de

---

<sup>296</sup> Comentario 45 Modelo OCDE (2010) y (2008).

noviembre de 2008-<sup>297</sup>. La norma viene a cumplimentar la previsión contenida en la Disposición Adicional Primera del TRLIRNR<sup>298</sup>, que reclamaba una regulación de los pasos a seguir para la resolución de los procedimientos amistosos, así como para la aplicación del acuerdo resultante del mismo<sup>299</sup> y responde a la necesidad de adoptar unos protocolos –sobre la base del Convenio 90/436/CEE y del artículo 25 de los Convenios para evitar la doble imposición-que permitan resolver los procedimientos amistosos en tiempo relativamente prudente, materia llamada a tener un protagonismo cada vez más fuerte, dadas la proyección multinacional de las empresas españolas y asimismo el establecimiento en España de filiales extranjeras y de EP de entidades residentes en el extranjero.

La norma mencionada establece el camino a seguir para que tanto los procedimientos amistosos iniciados al amparo del Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas, como los iniciados bajo el ámbito del artículo 25 de los Convenios para evitar la doble imposición cumplan las sucesivas fases hasta llegar a término. Aunque las condiciones requeridas para acudir a los procedimientos regulados en las normas aludidas son similares, no así sus resultados, por eso será la iniciativa del sujeto pasivo la que se decantará por la utilización de uno u otro<sup>300</sup>, después de analizar las posibilidades de éxito, considerando las limitaciones de partida: sanciones, recursos internos, plazos de prescripción, entre otros, de cada uno de ellos.

El Real Decreto 1794/2008, contiene un artículo único, en virtud del cual se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa y dos disposiciones finales. A su vez el Reglamento se estructura en 4 Títulos, el Título I se ocupa de *Disposiciones comunes*, el Título II del *Procedimiento amistoso previsto en los convenios para evitar la doble imposición firmados por España para eliminar las*

---

<sup>297</sup> Esta norma ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, con la finalidad de solventar las dificultades surgidas en la ejecución de los acuerdos alcanzados mediante procedimientos amistosos.

<sup>298</sup> La Disposición se introdujo a través del artículo segundo, nueve de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.

<sup>299</sup> Ver Documento 7/09, Instituto de Estudios Fiscales, “*Procedimientos Amistosos en Materia de Imposición Directa*” de Silvia López Ribas.

<sup>300</sup> El artículo 25 de los Convenios, como es sabido, tiene un ámbito de actuación más amplio que el previsto en el Convenio 90/436/CEE –se utiliza para corregir la doble imposición que provocan las operaciones entre empresas asociadas, lo que cae bajo el ámbito de los artículos 7 y 9 de los Convenios-, por eso para el tema que nos ocupa el contribuyente puede acudir a cualquiera de estas normas

*imposiciones no acordes al convenio*, el Título III del *Procedimiento sobre la aplicación del convenio CEE/90/436, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas* y el Título IV de la *Suspensión del ingreso de la deuda*.

Sin ánimo de entrar en los pormenores de la normativa, destacamos, el artículo 15, que se refiere a la *“Ejecución del acuerdo”*, de aplicación a los acuerdos alcanzados por las Autoridades fiscales, con independencia del instrumento utilizado por los contribuyentes. Este artículo resuelve una cuestión de capital importancia, dados los plazos que consumen los procedimientos amistosos que pueden situar en periodos relativamente alejados en el tiempo, el ejercicio en que se produce la doble imposición y el ejercicio en que se redima, de ahí la necesidad de regular el modo en que ha de ejecutarse el acuerdo alcanzado por las autoridades fiscales.

El acuerdo se ejecuta por la autoridad competente, de oficio o a instancia de parte, en cuanto a la forma de materializar el mismo, el artículo 15, en su apartado 3 – según la modificación operada por el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre-, prevé que el acuerdo alcanzado por las autoridades fiscales motivará *“la práctica de una liquidación por cada periodo impositivo objeto del procedimiento amistoso. Para la práctica de esta liquidación se tendrá en cuenta la normativa vigente en cada periodo objeto del procedimiento amistoso”*. A su vez, el apartado 4 permite a la Administración *“dictar un único acto que contendrá las liquidaciones derivadas del procedimiento amistoso a fin de que la cantidad resultante se determine mediante la suma algebraica de dichas liquidaciones”*<sup>301</sup>.

La aplicación efectiva de la norma implica revisar no solo las liquidaciones relativas a los ejercicios afectados por el acuerdo, sino también las liquidaciones de todos los siguientes que pudieran verse implicadas por las modificaciones practicadas en las liquidaciones de los ejercicios corregidos por la ejecución del acuerdo, como veremos en las líneas siguientes.

Si la entidad financiera fuese residente en España y el EP en su Estado de ubicación hubiese sido objeto de un ajuste por atribución de “capital libre”, el ajuste a practicar en sede de la entidad financiera, dado que la base imponible –renta mundial-

---

<sup>301</sup> De aplicación a los acuerdos que adquieran firmeza a partir del 25 de noviembre de 2012.

declarada por la entidad por el IS no se altera, por el ajuste realizado por las autoridades fiscales del Estado de la fuente, según vimos en el apartado 3.6.1. anterior, solo debería alterarse la cuantía de la renta del EP respecto de la que se ha de eliminar la doble imposición y ello supone en la mayoría de los casos que la cuota que finalmente debe ingresar la entidad financiera en residencia sea menor que la inicialmente calculada e ingresada.

No obstante lo dicho, no siempre el resultado final es una devolución del impuesto, habida cuenta que ello depende principalmente del supuesto de partida en el ejercicio en que se produjo la doble imposición, según vemos a continuación:

1) Supuesto de partida. Base Imponible positiva y cuota ingresada.

1.a) Método de exención<sup>302</sup>.

La ejecución del acuerdo motivará una Base Imponible menor y una nueva cuota, también menor, lo que puede dar lugar a una devolución del Impuesto. Además, caso de que se hubiesen computado en dicho ejercicio deducciones en la cuota, afectadas por límites y con posibilidad de trasladar los derechos no aplicados a ejercicios futuros, como la práctica de la nueva liquidación habrá motivado reducciones en estas deducciones aplicadas, este hecho motivaría la rectificación de todas las liquidaciones afectadas por las deducciones, que pueden ir más allá de las correspondientes a los ejercicios afectados por el acuerdo. También es posible que la rectificación de la liquidación convierta la Base Imponible positiva en Base Imponible negativa, lo que llevaría a devolver las retenciones y el impuesto ingresado, a trasladar todas las deducciones en cuota a ejercicios posteriores y a compensar la Base Imponible negativa en ejercicios posteriores<sup>303</sup>.

1.b) Método de imputación.

---

<sup>302</sup> Artículo 22 del TRLIS y Artículo 22 de la 27/2014.

<sup>303</sup> Según el artículo 25 del TRLIS, las bases imponibles negativas pueden compensarse con rentas positivas de los periodos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos- Este artículo ha sido objeto de modificación por el artículo 9 del Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, que prevé un límite de deducción -75%, 50% o 25% de la base imponible previa antes de la compensación, en función de que se cumplan determinados requisitos- para los ejercicios 2011, 2012 y 2013, límite que se ha extendido también a los ejercicios 2014 y 2015. En el artículo 26 de la Ley 27/2014, se prevé la compensación de las bases imponibles negativas sin límite temporal.

En este caso, la ejecución del acuerdo llevará a una deducción por doble imposición mayor de la aplicada en origen, lo que motivará posiblemente no solo una devolución del impuesto, sino también una recolocación de las deducciones en cuota, al haber descendido el parámetro de cálculo del límite de las deducciones<sup>304</sup>.

- 2) Supuesto de partida. Base Imponible negativa, deducciones en cuota a trasladar a ejercicios futuros y retenciones devueltas en el ejercicio en que se produjo la doble imposición.

#### 2.a) Método de exención.

La ejecución del acuerdo motivará una Base Imponible negativa superior a la originalmente declarada en el ejercicio, esta diferencia de Base negativa se trasladará a los ejercicios siguientes, de acuerdo con la planificación del obligado tributario y con ello se produce automáticamente una modificación de las deducciones aplicadas en cuota, lo que provocará un efecto acordeón que afectará a diferentes ejercicios hasta que se agoten los créditos fiscales del contribuyente.

Es sabido que las empresas con Bases Imponibles negativas a compensar y con deducciones en cuota a aplicar en varios ejercicios gestionan estos derechos de manera altamente eficaz, aplicando las Bases Imponibles negativas y las deducciones de que disponen de tal forma que se minimice la factura fiscal de cada ejercicio y si fuera posible no ingresando cantidad alguna en los mismos. Por tanto, cualquier corrección motivada por el ajuste bilateral afectará a estos parámetros.

#### 2.b) Método de imputación.

---

<sup>304</sup> Las cantidades no deducidas en el ejercicio pueden trasladarse a los periodos que concluyan en los 10 años inmediatos y sucesivos, artículo 31 del TRLIS. En el artículo 31 de la Ley 27/2014, se prevé la compensación de las cuotas no deducidas sine die.

En este caso, la deducción por doble imposición calculada en origen y no aplicada por falta de cuota, habrá de corregirse dando lugar a una deducción mayor, que obviamente se trasladará a los ejercicios siguientes.

Debido al número de liquidaciones implicadas en la ejecución del acuerdo fruto de un Procedimiento Amistoso, la solución apuntada por el artículo 15.3 del Real Decreto 1794/2008, ya citado, en el sentido de acumular las diferencias entre las nuevas liquidaciones y las originalmente presentadas por la entidad financiera y dictar un único acto administrativo, se muestra como una solución práctica, no obstante los problemas de arrastre de ejercicios que conlleva, cada uno con su normativa aplicable.

Por lo que se refiere al tema de intereses que pudieran devengarse a favor del contribuyente, el apartado 5 de la Disposición Adicional primera del TRLIRNR, introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, prevé que no se devengarán intereses de demora durante la tramitación de los Procedimientos Amistosos, lo que ha de interpretarse en el sentido que los intereses sobre las cantidades a devolver se devengarán durante los dos periodos siguientes:

- Desde la fecha de ingreso hasta la fecha de inicio del Procedimiento Amistoso.
- Desde la fecha de finalización del Procedimiento Amistoso hasta la fecha de ejecución del acuerdo.

Por último, se indica que el tiempo que consume la resolución de un Procedimiento Amistoso viene a ser de dos a cuatro años, por término medio, aunque se han dado casos en los que la resolución del Procedimiento Amistoso ha llevado siete años.

### **3.8. ASIGNACIÓN DE CAPITAL A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES CUANDO LA SOCIEDAD FINANCIERA AUTORIZADA EN UN ESTADO COMUNITARIO TIENE SUCURSALES Y FILIALES EN ESTADOS COMUNITARIOS Y NO COMUNITARIOS.**

El reparto del total capital entre la CC y los EP, entendido como manera de asignar capital libre, para que tanto una como otros puedan llevar a cabo las actividades encomendadas, cuando la CC y los EP están situados en Estados comunitarios, tal y como se ha descrito la situación en el apartado 3.5.1 anterior es relativamente sencillo. Sin embargo este ejemplo puede complicarse extraordinariamente en la medida en que situemos la CC –autorizada en un Estado comunitario- dentro de un grupo multinacional bancario, en el que dicha CC dispone de filiales y sucursales localizadas tanto en la Unión Europea como en Estados terceros y, cuando además cualquiera de las filiales puede, a su vez, haber constituido otros EP en cualquier Estado.

Nos encontramos ante un cuadro más común de lo que a primera vista puede parecer y es que en la etapa actual, no es infrecuente que las entidades financieras extiendan el ámbito de su actividad más allá de las fronteras de la Unión Europea. Cuando esto sucede, la norma bancaria comunitaria no pierde fuerza, pero no es menos cierto que, el grupo bancario multinacional, además de respetar las normas comunitarias, ha de estar a lo que prevean las normas bancarias de los Estados en los que se ubiquen sucursales y filiales.

La actividad financiera es una actividad reglada, con mayor o menor rigor, en todos los Estados en los que se pretenda llevarla a cabo, pero a diferencia de lo que sucede en el espacio comunitario en el que la normativa bancaria está armonizada, los Estados terceros normalmente disponen de sus propias reglas, que aunque cercanas a las comunitarias –no olvidemos que el objetivo del control de las actividades de las entidades financieras es la protección del ahorro de los ciudadanos y en esta tarea se emplean a fondo todos los reguladores- pueden presentar alguna desviación, por ejemplo:

- Obligación de disponer de recursos propios mínimos.

La “*ratio* de solvencia” se exige a todas las entidades constituidas en tal Estado no comunitario; por lo que se refiere a las Sucursales situadas en los mismos, existen diversas opciones, puede exigirse la misma “*ratio* de solvencia” que a las entidades constituidas en el Estado, o simplemente considerar que los

recursos propios de la CC, cualquiera que sea el Estado de autorización, cubren los riesgos asumidos por el EP en el Estado de situación<sup>305</sup>.

- Ponderación de los riesgos asumidos por los EP.

La forma de valorar los riesgos que asumen las entidades financieras puede presentar pequeñas diferencias en relación con la recogida en la norma comunitaria, estas diferencias pueden afectar tanto a la base sobre la que se calculan los riesgos, como a los coeficientes de ponderación utilizados.

- Nivel de la “*ratio* de solvencia”.

El nivel de la “*ratio* de solvencia” puede variar en los diferentes Estados, si bien podemos decir que se sitúa alrededor del previsto en el Acuerdo de Capital de Basilea III<sup>306</sup>.

A la hora de atribuir capital a EP, en el escenario descrito, en mi opinión, las bases que han configurado tal escenario, constituyen el mejor aval para rechazar el método de atribución de capital analizado en el apartado 3.3.1. “Método de Imputación de Capital”, pues resulta fácil de comprender que el “capital libre” mínimo que se exige a entidades y sucursales autorizadas y ubicadas en Estados no comunitarios, cuando se sitúe por encima del “capital libre” mínimo que se exige en Estados comunitarios, bajo ningún concepto podría entrar a formar parte de un pool de reparto, ello porque es muy posible que el resultado de tal reparto hiciese a alguna filial o a algún EP entrar en una situación de incumplimiento de “recursos propios mínimos” de acuerdo con la normativa de su Estado de autorización o de localización.

De ahí que en situaciones como la descrita, el método que mejor se adapta para llevar a cabo el ejercicio de asignar “capital libre” a los EP es el denominado por el Informe OCDE (2010) y (2008) de “*Quasisubcapitalización/capital mínimo regulador*”. Este método, como vimos en el apartado 3.3.4 de este Capítulo, al que nos

---

<sup>305</sup> El artículo 47.3 de la Directiva 2013/36/UE, prevé esta posibilidad a través de la adopción de acuerdos con los Estados; igualmente la norma Primera apartado 5 de la Circular 3/2008, permite que las Sucursales de Entidades autorizadas en Estados terceros, puedan trabajar en España sin dotación de capital, siempre que se cumplan determinados requisitos y, por supuesto, a condición de reciprocidad.

<sup>306</sup> Ver Capítulo 2, apartados 2.5.2. “Normas que regulan la *ratio* de solvencia” y 2.5.2.1. “Normativa marco internacional”.



remitimos para evitar repeticiones, parte de considerar a los EP de igual manera que a las sociedades autorizadas en el Estado en cuestión, de ahí que su aplicación implica que los EP se capitalicen en la cuantía mínima que exige el regulador a las sociedades anteriormente aludidas.

Este método presenta las siguientes ventajas:

- Proporciona al EP en España una estructura de capital de mercado, habida cuenta que le sitúa en plano de igualdad con las entidades bancarias autorizadas en España y asimismo con EP de aquellos Estados extracomunitarios a los que se exige dotación de capital.
- Es mucho más sencillo de gestionar que si hubiéramos utilizado cualquier otro método basado en el análisis de la comparabilidad de funciones con las empresas bancarias independientes autorizadas en los diferentes Estados, por ejemplo el denominado por la OCDE “Criterio de Subcapitalización”, descrito en el apartado 3.3.3. de este Capítulo. Bien es verdad que en las Directrices OCDE (2010)<sup>307</sup>, Párrafos 1.6 y siguientes se recomienda, a la hora de establecer la valoración de operaciones entre entidades vinculadas, como mejor criterio, el “principio de plena competencia” basado en el análisis de comparabilidad de las funciones de la entidad vinculada con las funciones de una entidad independiente, pero, dadas las peculiaridades y la forma de trabajar de las entidades financieras, no es fácil encontrar los comparables idóneos.

No obstante, aunque pudiéramos llegar a una situación ideal, en la que los activos, riesgos, funciones y actividades del EP fueran una copia exacta de los activos, riesgos, funciones y actividades de la sociedad autorizada en España y a ello se pudiera añadir que la organización de recursos humanos fuese la misma en ambos casos, estaríamos en presencia de un factor diferencial que deberíamos ponderar en sus justos términos y es el hecho incontestable de que el valor y la calidad crediticia del EP como parte de un todo son muy superiores a los que le corresponderían de su consideración a

---

<sup>307</sup> Párrafo 1.6 y siguientes Directrices OCDE (1995) y (2010).

nivel aislado y en atención a esta circunstancia, cualquier tercero en una determinada situación se sentiría más confiado contratando con el EP, que operando con una entidad bancaria independiente de la misma dimensión, incluso en el hipotético caso de que hubiéramos conseguido eliminar todos los hechos diferenciales que los separasen. Véase en relación con el “Método de Subcapitalización” el párrafo 108, Parte II del Informe OCDE (2010)<sup>308</sup>.

Resulta obligado señalar que el método que venimos comentando, según indica el Párrafo 113, Parte II del Informe OCDE (2010)<sup>309</sup>, no se encuentra entre los autorizados por la OCDE, ello porque tal método ignora una serie de condiciones internas del criterio autorizado por la OCDE, por ejemplo: que el EP tiene la misma calificación crediticia que el conjunto de la empresa. Para salvar este obstáculo, a los efectos del cálculo de recursos propios mínimos a nivel individual, se considera que las operaciones realizadas entre el EP y la CC y asimismo las operaciones realizadas entre el EP y otros EP de la CC, no consumen recursos propios, de manera que la aplicación del método del “Capital mínimo regulador” se manifiesta como un método adecuado, siempre que se pueda eliminar la repercusión del efecto descrito, que sin duda es uno de los más negativos del mismo.

Por otra parte, el mismo Párrafo 113 observa que el método citado puede aceptarse *“como régimen de protección ya que no origina una atribución de beneficios al EP que exceda del rango que resultaría de la aplicación de uno de los criterios autorizados por la OCDE para la atribución de capital”*.

En efecto, este método conduce al hecho de que el “capital libre” de la entidad financiera autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea que excede de los mínimos reguladores que hemos atribuido a los EP situados en Estados comunitarios y extracomunitarios, se estaría imputando a la CC –sucederá de este modo cuando los recursos propios mínimos de la entidad financiera o bien los del grupo a nivel consolidado se sitúen por encima de la ratio de solvencia exigida en el Estado de

---

<sup>308</sup> Párrafo 109, Parte II del Informe OCDE (2008).

<sup>309</sup> Párrafo 114, Parte II del Informe OCDE (2008).

autorización-, situación relativamente normal en las empresas bancarias, lo que implícitamente supone que el país receptor del EP percibiría un Impuesto sobre beneficios inferior al que resultaría de la utilización de los métodos de atribución de capital alternativos aconsejados por la OCDE.

En definitiva, la aplicación de normas diferentes de solvencia en los Estados, y la capitalización de las entidades por encima de los mínimos exigidos en el Acuerdo de Capital de Basilea III –transpuestos a normativa interna- en los diferentes Estados, es lo que provoca que la aplicación del método anterior para atribuir capital a EP situados en la Unión Europea y en Estados terceros –al ser un método de mínimos-, proporcione un superávit de capital libre, superávit que contable y económicamente estará afectado, con toda probabilidad, a la CC, lo que conlleva que la misma va a estar capitalizada, en estos ámbitos, por encima de los mínimos exigidos por el regulador.

Ello significa que si bien se han atribuido beneficios a los EP en el Estado de la fuente, de acuerdo con el principio de plena competencia, no es menos cierto que el Estado de residencia de la CC será el que perciba los mayores ingresos tributarios, precisamente por esta cuestión, por la dificultad de repartir el capital en el escenario descrito. Esto significa que la CC financia sus activos con recursos propios en mayor proporción que lo hacen respecto de los suyos los EP, lo que se traduce en que la CC deberá acudir en menor medida que los EP al recurso de capitales ajenos.

No obstante todo lo anteriormente dicho, insistimos, el “Criterio de Quasisubcapitalización” nos parece un criterio absolutamente razonable, respetuoso con el principio de libre competencia y que por consiguiente colabora en el ejercicio de atribución de beneficios al EP siguiendo las pautas marcadas por el artículo 7.2 del Modelo OCDE (2010).

El motivo que nos lleva a preferir, en este supuesto concreto, este método sobre otros igualmente válidos, no es otro que el hecho de que el mismo determina los recursos mínimos de capital que necesitan las entidades para trabajar en el sector

financiero, de ahí que la cifra de capital libre obtenida es una cifra de mínimos, que podemos muy bien decir que responde al principio de prudencia y que satisface la exigencia del capital suficiente. Como el consumo de recursos propios de las entidades de crédito se calcula a nivel consolidado hemos de tener muy presente que la suma de las dotaciones de capital atribuida a los diferentes EP y a la CC de una entidad financiera, no puede ser en ningún caso superior a la cifra de capital total real a nivel consolidado, por tanto si la suma aludida diera una cifra superior habría que revisar el método utilizado por atribuir capital y ajustar en consecuencia, habida cuenta que la suma de las partes, en este caso en concreto, no puede ser superior al todo.

Se señala asimismo, que el método de “Quasisubcapitalización/capital mínimo regulador” no constituye una novedad incorporada en el Informe OCDE (2010), (2008) y (2006), la OCDE ya recogió este enfoque en diversos trabajos publicados en fecha anterior, concretamente en el documento *“Special considerations for applying the working hypothesis to permanent establishments (PE’s) of banks”* (de octubre de 2000 y de agosto de 2004).

### **3.9. EFICACIA TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES. ¿NUEVO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN?**

Aunque a primera vista pudiera parecer que la publicación del Informe sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes OCDE (2006) el 21 de diciembre, supuso un punto de inflexión en un campo que hasta ese momento no había provocado prácticamente literatura, como es el de la atribución de capital libre a EP, hemos de puntualizar que ese punto de inflexión, de haberlo, se remonta a 1984, año en el que se publicó el Informe OCDE “Precios de Transferencia y empresas multinacionales” que engloba tres Estudios: “Ajustes correlativos y Procedimiento Amistoso”, “La imposición de las empresas bancarias multinacionales” e “Imputación de los costes de gestión y de los servicios asumidos por la central”; pues bien en el segundo Estudio, al que nos referiremos a continuación, ya se apuntó la necesidad de calcular correctamente los gastos por intereses de los EP financieros, que es lo mismo que decir la necesidad de capitalizarlos.

Posteriormente, en el año 1993, la OCDE publicó el Informe Modelo de Convenio Fiscal: “La atribución de rentas a los establecimientos permanentes”, en el que también se abordaron los problemas que planteaba la atribución de intereses a EP, en todos los ámbitos en que desenvolviesen su actividad.

A ambos Informes nos referiremos a continuación:

3.9.1. INFORME OCDE (1984), “La imposición de las empresas bancarias multinacionales”.

El Informe se elabora para cubrir una parcela de las operaciones realizadas entre entidades vinculadas que se había excluido del Informe “Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales” de 1979, y así se señaló en los Párrafos 181 y 198 del mismo: “Los precios de transferencia en el sector bancario”. Se trataba de extender, en la medida de lo posible, las conclusiones del Informe de 1979 a las operaciones bancarias realizadas entre filiales y de aproximarse a las cuestiones que planteaban las operaciones realizadas por las sucursales bancarias, habida cuenta que los préstamos entre empresas vinculadas cuya actividad principal consistía en operaciones bancarias y financieras generaban una porción significativa de los gastos y de los ingresos de un banco internacional. De ahí el objetivo del Estudio de adoptar un tratamiento adecuado a las operaciones bancarias, por lo que el Informe de 1984 se entiende que completa el Informe de 1979.

La idea era que a las relaciones entre EP y CC bancarios se les debía aplicar los principios recogidos en la Guía de Precios de Transferencia (1979), bien que dicha aplicación debería realizarse de manera reflexiva, habida cuenta que CC y EP comparten personalidad jurídica.

En este Estudio, se abordaron por primera vez en el seno de la OCDE los problemas que en aquel momento planteaba la financiación de la CC y del EP financieros, aportándose propuestas suficientemente razonadas que con el tiempo se incorporaron a los Comentarios al artículo 7 de las sucesivas versiones del Modelo

OCDE, que se elaboraron a partir de 1984. Pues bien, en las propuestas contenidas en los diferentes Párrafos del estudio encontramos los primeros antecedentes que apoyan la atribución de “capital libre” a los EP financieros en el terreno fiscal, que debidamente matizados podían exportarse a los EP no financieros.

El Párrafo 40 del Estudio plantea diversos problemas que pueden afectar a la imposición de sucursales bancarias, como:

“ ...

- a) *Los intereses a percibir o a pagar a título de fondos que circulen entre las sucursales situadas en el país y las otras unidades del grupo bancario establecidas en otros países (ver apartados 41 a 75 siguientes).*
- b) *Las inversiones de capital imputables a las sucursales (ver apartados 76 a 83).*
- c) *El efecto de la transferencia de actividades de una parte de la empresa a otra distinta (ver apartados 84 a 87).*
- d) *La incidencia de las legislaciones o prácticas fiscales nacionales sobre el funcionamiento de las sucursales y las filiales del país de situación (estos problemas se abordan expresa o tácitamente en el contexto del resto de los problemas evocados)”.*

...

Las circunstancias especiales de la actividad bancaria que básicamente consiste en “obtener fondos para volver a prestarlos” determina que los cuestiones planteadas se analizaran con cierta distancia, respecto del modo en que las mismos se trataron en la Guía de Precios de Transferencia, en el ámbito de entidades que no trabajaban en el sector financiero. El Estudio se pronuncia a favor de la admisibilidad en sede del EP de los intereses que pague el EP a su CC o a otras unidades de la CC por préstamos de terceros a estas, cuando dichos fondos se hubieran afectado a la actividad del EP – Párrafo 44 y siguientes-, lo cual es absolutamente razonable; asimismo se alinea con el Comentario 17.3 al artículo 7 del Modelo OCDE (1977)<sup>310</sup> –vigente en el año 1984- cuando el citado Comentario, sentada la prohibición general de que el EP pudiera deducir los intereses pagados a la CC en concepto de préstamos concedidos al EP, reconoce que en el caso de EP de carácter financiero, existen consideraciones especiales

---

<sup>310</sup> Comentario 19 en las versiones de (1995), (2000) y (2005).

para no seguir el criterio indicado, a condición de que la financiación suministrada por la CC o por otras unidades de la CC, hubiera sido en concepto de anticipo, pero no de dotación de capital, por considerar que los anticipos están vinculados a la actividad ordinaria de la entidad, en tanto que el capital lo está a la estructura fija –Párrafo 46 del Estudio-.

De ahí que en los Párrafos 47, 48 y 49 se confirme, como no podía ser de otro modo, la atribución de gastos por intereses y de ingresos por intereses para evaluar el beneficio del EP, cuando los primeros tienen su origen en préstamos concedidos por la CC al EP y los segundos deriven de préstamos concedidos por el EP a su CC –se insiste, siempre que los préstamos no se hubieran concedido a título de capital-. En realidad las operaciones de préstamo entre entidades financieras responden a la operatoria corriente de las mismas, constituyendo una importante fuente de financiación para dichas entidades, que crea lo que se conoce como “mercado interbancario”, si a ello se une el mandato del artículo 7.2 del Modelo Convenio OCDE (1977) - vigente en el año 1984-, en el sentido de considerar al EP en sus relaciones con la CC como si se tratase de una empresa distinta y separada de la CC, cobra todo sentido la eficacia fiscal de la retribución de las operaciones financieras entre CC y EP que desarrollasen su actividad en el sector financiero, por cuanto la financiación captada por el EP de su CC o de otras divisiones de la CC se utilizaría a su vez para financiar a terceros, de los cuales el EP obtendría los ingresos que enfrentados a los gastos por intereses nos darían el margen financiero del EP.

Por lógica, todas las operaciones realizadas por una empresa producen un ingreso que tiene que oponerse a un coste, luego, ambos parámetros han de considerarse para determinar el beneficio de cualquier operación, en este caso del EP –Párrafo 49 del Estudio-. Si consideráramos únicamente el ingreso de la operación –financiada con los recursos captados de la CC- por la imposibilidad de deducir los intereses pagados a la CC por la financiación obtenida, convertiríamos el ingreso de la operación en beneficio, beneficio que como fácilmente puede comprenderse, estaría sobredimensionado al haberse determinado al margen del principio de libre competencia. Esta es la razón principal para que los abonos de intereses entre CC y EP hayan de tenerse en cuenta

para la determinación de los beneficios de los EP. Más aún cuando se ha demostrado que el suministro de financiación entre CC y EP y viceversa no es neutral, ni económica, ni fiscalmente para cada una de las dos partes de la entidad financiera, cuando las mismas están situadas en jurisdicciones fiscales diferentes

Y este esquema ha venido funcionando en el ámbito convenido de la manera expuesta, podríamos decir, que desde siempre, por tanto la deducibilidad fiscal de los intereses satisfechos por el EP a su CC es un hecho, como ya hemos señalado, siempre que los mismos no se vinculasen a una aportación de capital –Párrafos 48 y 49-. Cuestión diferente es si los obligados tributarios lo habían asumido de este modo; la experiencia ha demostrado que en ocasiones no ha sucedido así, por cuanto era y es habitual que los EP ubicados en Estados comunitarios, cuando la entidad financiera había sido autorizada en un Estado comunitario, estén infracapitalizados, ello no es impedimento para que la CC suministre financiación al EP bajo el tratamiento de financiación ajena, pero tampoco debería dar cobertura para que toda la financiación suministrada por la CC al EP se catalogue como ajena por el hecho de recibir esta denominación.

Los últimos Párrafos del Estudio son también concluyentes en este punto. Así el Párrafo 77: El EP no debe pagar intereses por la dotación de capital, en la medida en que dicho capital es utilizado para reforzar las inmovilizaciones de la entidad, y por tanto las del EP, pero si serán deducibles los intereses pagados por la concesión de un anticipo de la CC al EP bajo cualquier fórmula diferente a la dotación de capital. Igual de concluyente y esclarecedor, en mi opinión, resulta el Párrafo 80 que admitiendo que puede haber diferencias entre las cuentas financieras y las cuentas fiscales del EP, al no exigir la normativa bancaria asignación de capital al EP, entiende que ello no es óbice para que el Estado del EP no pueda considerar una parte del pago realizado por el EP a su CC como remuneración en concepto de utilización del capital propio<sup>311</sup>. En el mismo sentido se nos presenta, el Párrafo 81: *“Cuando ciertos préstamos efectuados por la central cubren una dotación de capital de una sucursal, los intereses correspondientes no son deducibles para el cálculo de los beneficios de la sucursal, como se ha indicado*

---

<sup>311</sup> Que viene a ser lo mismo que decir que “El capital del EP es necesario a efectos tributarios”



*anteriormente*”; este mismo Párrafo abre a continuación otro debate: ¿Cómo se determina la cifra de intereses deducibles en sede del EP, cuando en la mayoría de los casos las cuentas del EP no reflejan adecuadamente las operaciones entre EP y CC? <sup>312</sup>.

El Párrafo 83, a modo de remate, muestra la fórmula para cuantificar el montante de capital libre del EP.

Las conclusiones plasmadas en los tres Estudios de este Informe, así como las de los sucesivos Informes elaborados por la OCDE se han incorporado a los Comentarios del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE, como se podrá comprobar más adelante.

Así las cosas, la lectura del segundo Estudio del Informe nos encamina a identificar dentro de las partidas del pasivo del Balance del EP, en la mayoría de los casos con una importante financiación de su CC, qué parte de esa financiación ha de calificarse como capital propio o libre –puesto que bajo normativa bancaria el EP tiene capital propio en todo momento- y que parte, de préstamo o anticipo. Este análisis debe realizarse incluso si toda la financiación procede de fuentes terceras, porque es obvio que una parte de los activos del EP tiene que financiarse con capital propio, según se deduce de la Directiva 2013/36/CE y de la Ley 13/1985<sup>313</sup>.

### 3.9.2. INFORME OCDE (1993), “La atribución de rentas a establecimientos permanentes”.

El Informe aborda *“el estudio de las circunstancias bajo las cuales la renta debe ser atribuida a un establecimiento permanente en cumplimiento de los convenios fiscales, en particular cuando los bienes, servicios, o activos intangibles son transferidos entre un establecimiento permanente y la sede o a un establecimiento permanente en un país tercero”*, con la finalidad de incorporar las conclusiones alcanzadas, una vez aprobadas por el Comité de Asuntos Fiscales, en la actualización del Modelo prevista para el año 1994.

Pues bien, los apartados del Informe que interesa traer a este punto son los relativos a *II Problemas planteados por el tratamiento fiscal de los establecimientos*

---

<sup>312</sup> Ver cálculo de intereses no deducibles en el ejemplo del apartado 3.5.1 de este Capítulo.

<sup>313</sup> Ver Capítulo 2, apartado 2.5.2 “Normas que regulan la *ratio* de solvencia”. A partir de 1 de enero de 2014, la *ratio* de solvencia se regula en la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio y en el Reglamento UE 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio, transpuestos a la norma interna a través del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de la Ley 10/2014, de 26 de junio y de la Circular 2/2014, de 31 de enero del Banco de España. Asimismo ha sido necesario modificar la Circular 3/2008, de 22 de mayo.

*permanentes, C principio de entidad distinta y separada: precio de plena competencia o imputación de gastos, C.1.d) Activos financieros y C.2 Atribución de las dotaciones de capital, capital ajeno (deuda) o fondos propios en forma de préstamos que comporten intereses.*

Por lo que se refiere al apartado, *C.1.d) Activos financieros*, el Informe, en el Párrafo 14 destaca los problemas específicos planteados por la transferencia interna de activos financieros dentro de las entidades financieras, así como de los relativos a la transferencia de fondos entre las distintas partes de un banco y la atribución de capital al EP de una entidad financiera, tanto si la misma se vincula a una transferencia real de activos, como si se hace al margen de tal transferencia. También en el Párrafo 8 se tratan las transferencias de deuda entre las diferentes divisiones de un banco.

En cuanto al apartado *C.2 Atribución de las dotaciones de capital, capital ajeno (deuda) o fondos propios en forma de préstamos que comporten intereses*, el Informe, en los Párrafo 16/20 desvela las cuestiones controvertidas en este campo, entre otras: reparto indirecto de intereses, intereses a precio de mercado, atribución de capital, para terminar diciendo en el Párrafo 20 que *“la mayoría de los países miembros consideraron que sería preferible buscar una solución práctica que tuviera en cuenta la estructura de capital que corresponda tanto a la organización como a las funciones que desarrolla”*, y por ello debía mantenerse la prohibición de deducir intereses por operaciones internas, con tratamiento diferenciado para las operaciones de las entidades financieras. Se aborda en el mismo Párrafo la manera de hacer frente a situaciones de subcapitalización y de sobrecapitalización de los EP, para las primeras se recomienda al *“Estado de la CC evitar la doble imposición, permitiendo la deducción de la parte del pago de intereses que el EP no haya podido deducir de su renta imponible”*, mientras que para las segundas *“debería permitirse al EP deducir un importe adecuado a título de intereses supuestos y tal remuneración de la función de financiación constituiría una compensación para la sede por no haber invertido ese capital a préstamos a largo plazo”<sup>314</sup>*.

Estas conclusiones se incorporaron a los Comentarios al artículo 7 de las sucesivas versiones del Modelo Convenio OCDE, como se puede comprobar de la lectura de los Comentarios 17/20 de las versiones (1995), (2000) y de las posteriores, concretamente en la versión de (2008) dichas conclusiones se han incluido en el Comentario 18.3 reproducido más adelante.

---

<sup>314</sup> Esta fórmula se utiliza en Estados Unidos, por aplicación de la Reg. 1882-5 y en Canadá, ver Capítulo 4 “Experiencia en Atribución de Beneficios y de Capital Libre a Establecimientos Permanentes en el Derecho Comparado”, apartados 4.3.1. “Estados Unidos” y 4.3.2. “Canadá”.

No obstante lo anterior, es cierto que a partir de la publicación del Informe OCDE (2006), la OCDE se ha mostrado particularmente activa en este área, como lo prueban los sucesivos documentos elaborados y publicados, a los que se hace referencia por orden cronológico:

- Modelo OCDE versión (2008) y Comentarios, de 17 de julio de 2008. Por lo que a este tema respecta, en dicha versión no se alteró el texto del artículo 7, pero si el de los Comentarios al mismo, con el objeto de incorporar las orientaciones adicionales recogidas en el Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes OCDE (2008) que no violentaran el texto y la filosofía de los Comentarios de la versión de 2005.

- Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes OCDE (2008), de 18 de julio de 2008. La diferencia con el publicado en 2006 reside en la incorporación de la Parte IV dedicada a los EP del sector de seguros.

- Modelo Convenio OCDE (2010) y Comentarios, de 22 de julio de 2010. En él se recoge la nueva redacción del artículo 7.

- Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes, de 22 de julio de 2010. Informe prácticamente idéntico al publicado en 2008, salvo las modificaciones necesarias para adaptar determinados Párrafos de la nueva versión del Informe al tenor literal del nuevo artículo 7 del Modelo Convenio OCDE.

Pues bien, el hecho de la modificación operada en los Comentarios al artículo 7 de la versión del Modelo Convenio OCDE (2008) ha abierto el debate respecto de la “atribución de capital libre a EP” centrando el mismo en los términos siguientes: ¿ La atribución de capital libre a EP es un ejercicio que debía de hacerse bajo la cobertura de la norma convenida –artículo 7 de los Modelos OCDE en versiones anteriores a la de 18 de julio de 2008- respaldada por la fuerza interpretativa de los Comentarios revisados e incorporados en la versión del Modelo Convenio OCDE (2008), o si por el contrario la capitalización de los EP solo puede hacerse a partir de los Comentarios de la versión (2008)?.

J. M. Calderón, en la obra colectiva *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea, Capítulo III Reglas de Reparto de Potestades Fiscales, III.2.3. “Las reglas de tributación de los beneficios empresariales obtenidos a través de establecimientos permanentes contenidas en el artículo 7 del Modelo Convenio de doble imposición”*, editorial CISS, 2013, páginas 186 y siguientes, estima que la versión (2008) del Modelo Convenio OCDE introduce un modelo de tributación de EP de tránsito, entre el modelo de tributación recogido en las versiones anteriores a (2008) – basado en el principio de independencia restringida del EP respecto de su CC- y el modelo de tributación contenido en la versión de (2010) –basado en el principio de independencia radical del EP respecto de su CC-, considerando que el modelo de tributación de tránsito incorpora elementos novedosos, tales como, la atribución de activos, riesgos y capital libre al EP, que suponen auténticas modificaciones de fondo en la interpretación del artículo y no meras aclaraciones. Es por ello, por lo que el autor entiende que la aplicación de los Comentarios al artículo 7 contenidos en la versión del Modelo Convenio OCDE (2008) no se pueden aplicar retroactivamente, por el contrario, solo podrían aplicarse a situaciones cubiertas con Convenios negociados según la versión del Modelo Convenio (2008) y con la modificación previa de la normativa interna.

En mi opinión, la atribución de capital libre a los EP es tarea que se puede y debe hacer en 2008 y con anterioridad a 2008, porque, de alguna manera, tanto la norma interna como la convenida, contenida en Convenios firmados con arreglo a versiones del Modelo OCDE anteriores a 2008 e interpretada con arreglo a los Comentarios de la propia y de las sucesivas versiones conducen a ello, según se expone a continuación:

### 3.9.3. NORMA INTERNA.

Permite la atribución de capital libre a EP, 1) por la vía de la afectación funcional de elementos patrimoniales al EP, principio consagrado en el artículo 16.1.c.2º del TRLIRNR, 2) por la aplicación del artículo 15.2 del mismo texto legal que permitiría dibujar la estructura de “Capital propio/Deuda” de mercado para el EP, dada la dependencia financiera que se observa comúnmente en el EP respecto de su CC. Dependencia que puede darse tanto por la vía directa –el EP toma recursos de la CC-,

como por la indirecta –el EP toma recursos de terceros no vinculados, pero con el respaldo, garantía o aval de la CC- y 3) por la prohibición contenida en el artículo 18.1.c) del TRLIRNR de deducir intereses que retribuyan, de manera directa o indirecta, los capitales propios.

Es obvio que el artículo 18.1.c) del TRLIRNR al prohibir la deducción de la retribución de los capitales propios, limita la deducción de gasto por intereses por el uso de capitales ajenos en el ámbito del IRNR, lo que de manera indirecta habilita a capitalizar los EP, no solo financieros, sino a todos los demás, cualquiera que sea el sector económico en el que operen y con independencia de que su CC resida o no en un Estado convenido<sup>315</sup>. En definitiva, únicamente cabe aplicar la limitación contenida en el artículo 18.1.c) del TRLIRNR si se discriminan correctamente los recursos propios y los ajenos, lo que significa que habrá que verificar si las anotaciones realizadas en las cuentas de “recursos propios” y “recursos ajenos” corresponden a estos tipos de recursos o si por el contrario se catalogan como ajenos los propios, que es lo que sucede en ocasiones.

La aplicación de cualquiera de los artículos mencionados es totalmente compatible con el mandato de los artículos 7 y 24 del Modelo Convenio OCDE en cualquiera de sus versiones, más aún, la atribución de beneficios a realizar conforme al artículo 7 implica atribuir “todos los ingresos y gastos” anudados a las funciones / operaciones desarrolladas por el EP<sup>316</sup>, siendo uno de estos gastos el correspondiente a intereses por el uso de capitales ajenos. Esto no significa que el gasto a asignar sea el total efectivamente pagado, sino el resultado de aplicar el tipo medio de interés pagado a un volumen de deuda de mercado del EP.

#### 3.9.4. NORMA CONVENIDA.

El Modelo Convenio OCDE en versiones anteriores a la versión de 22 de julio de 2010, lo apoya, a través del artículo 7.2, interpretado por los Comentarios al mismo, como analizaremos a continuación.

---

<sup>315</sup> En el apartado 3.5.2. de este Capítulo se analizaron las normas internas que dan cobertura a la capitalización de los EP en el Estado de la fuente.

<sup>316</sup> Comentario 16 al artículo 7 en las versiones (1995), (2000) y (2005) y Comentario 27 en la versión (2008).

#### 3.9.4.1. MODELO CONVENIO OCDE, Versión (2005)<sup>317</sup>

El propio artículo 7.2 cuando considera al EP “*como si fuera una empresa distinta e independiente*” de su CC. Entendemos que la independencia a que se refiere el artículo debe ser funcional, económica y financiera y así se desprende de los Comentarios al mismo, entre otros en el Comentario 18 y siguientes al artículo 7 que abordan esta cuestión de manera muy ilustrativa, de ellos destacamos una serie de reflexiones, en nuestra opinión, verdaderamente relevantes:

- El pago de intereses a la CC y el compromiso de reembolso de una deuda es incompatible con la naturaleza jurídica del EP. Comentario 18.
- La inexistencia de deudas internas desde la perspectiva económica, si la financiación del EP que tiene su origen en la CC, se deriva exclusivamente de los recursos propios de la CC. Comentario 18.
- El hecho de que a veces la financiación obtenida por la CC de terceros financia tanto a la propia CC como al EP. De ahí la necesidad de probar la afectación de financiación al EP y si la misma debe considerarse como capital o como deuda. Comentario 18.1.
- El fracaso del reparto directo e indirecto de los gastos por intereses anudados a las deudas globales de la entidad, entre CC y EP. Dicho reparto puede no reflejar los costes de financiación del EP, habida cuenta que el contribuyente puede situar los préstamos en las jurisdicciones fiscales más adecuadas o en las que tenga mayores beneficios fiscales. Comentario 18.2.
- Estas reflexiones llevan al Comentario 18.3 que dice: “*Teniendo en cuenta las consideraciones procedentes, la mayoría de los países miembros ha considerado que sería preferible buscar una solución factible que tome en consideración la estructura de capital adecuada, tanto para la organización del EP como para las funciones realizadas. Por esa razón, la prohibición de practicar deducciones en relación con las deudas y créditos internos debería continuar aplicándose con carácter general, a reserva de los problemas particulares de los bancos que se mencionan a continuación ...*”
- El Comentario 19 complementa y aclara el texto del Comentario 18.3, al señalar: “*Se admite, sin embargo, que existen consideraciones especiales en el caso de*

---

<sup>317</sup> Análisis igualmente válido para las versiones (1995) y (2000).

*los pagos de intereses efectuados entre las diferentes partes de una empresa financiera (por ejemplo, un banco) sobre anticipos y conceptos similares (distintos de la dotación de Capital), sobre la base de la estrecha relación entre la concesión y recepción de anticipos y el objeto social de tales empresas. Este problema, así como otros relacionados con la transferencia de activos financieros, se considera en el Informe de 1984 sobre las empresas bancarias internacionales incluido en la publicación de la OCDE “Precios de Transferencia y empresas multinacionales –Tres Estudios fiscales”- .... Estos Comentarios no se apartan de las posiciones expresadas en el informe sobre este tema....*“. Pues bien, en la medida en que el capital del EP no aparece inscrito en contabilidad, estaremos dando deducibilidad a su retribución, por vía indirecta, con independencia de quien sea el beneficiario último de dicha retribución, que puede ser su CC o terceros, como hemos indicado anteriormente.

- Por último el Comentario 20 se refiere de nuevo al Informe de 1984: *“El informe mencionado anteriormente trata, además, la cuestión de la atribución de capital a un establecimiento permanente de un banco, tanto en situaciones en que se transfieren activos reales a la sucursal como en situaciones en que no se produce esa transferencia”*<sup>318</sup>.

#### 3.9.4.2. MODELO CONVENIO OCDE, Versión (2008)

El texto del artículo 7, como bien se conoce, no experimentó cambio alguno en esta versión del Modelo OCDE, pero si determinados Comentarios, a los que se incorporaron aquellas conclusiones del Informe OCDE (2008), que se consideraron meramente aclaratorias, a los efectos de la interpretación del artículo.

Y así, los Comentarios anteriormente aludidos de la versión del Modelo OCDE (2005) aparecen en la versión (2008), digamos que matizados o más explícitos. De ellos señalamos:

- Los Comentarios 41 y 42 que intentan trazar la línea divisoria entre lo que es financiación interna pura –procede de los recursos propios de la entidad o CC- y lo que siendo financiación interna –de la CC al EP- procede a su vez de

---

<sup>318</sup> Los Comentarios de las versiones del Modelo OCDE (2000) y (1995) siguen la misma redacción que los de la versión (2005).

endeudamiento de la CC con terceros no vinculados, financiación a partir de la cual han de determinarse intereses por el uso de capitales ajenos deducibles. Es decir, destacan la importancia de diferenciar el capital y la deuda de CC y EP.

- El Comentario 44 que se refiere a las dificultades que plantea el reparto directo e indirecto de las deudas efectivas, concretamente por lo que se refiere al reparto directo de los gastos por intereses, ya que el contribuyente puede realizar una afectación de los préstamos a conveniencia y ello haría necesario efectuar ajustes para reflejar la realidad económica, considerando como realidad económica el hecho de que cualquier entidad independiente debe disponer de un cierto “capital libre”. Es la nueva versión del Comentario 18.2, pero se refiere a los mismos temas.

- El Comentario 45 que se hace eco de los problemas descritos en los Comentarios que le preceden, y recoge el sentir de los Estados miembros, de que la financiación del EP ha de formarse con capital libre y con deuda de terceros, debiendo la cifra de capital libre ser suficiente para soportar las funciones que realiza el EP, los activos que posee en sentido económico y los riesgos que asume, ya que esto es garantía de que se han asignado al EP intereses por el uso de capitales ajenos de plena competencia<sup>319</sup>.

A lo largo de este apartado se ha intentado realizar un resumen cronológico del estado de la cuestión, para demostrar que no estamos ante un nuevo criterio de interpretación del artículo 7 del Modelo OCDE dictado por los Comentarios de la versión (2008), muy al contrario la capitalización de los EP ha estado presente, como mínimo desde el año 1984, en los Informes de la OCDE y en los Comentarios al Modelo Convenio (OCDE), como una de las vías de dar sentido o interpretar el principio de “empresa separada de su CC” que se predica del EP, al objeto de atribuir

---

<sup>319</sup> Este Comentario se reprodujo en el apartado 3.5.2.2. “Normas de cobertura convenida”, 1 Artículo 7 “Beneficios empresariales”, Modelo OCDE, Versión de 17 de julio de 2008, de este Capítulo, al que nos remitimos para evitar repeticiones. De otro lado, se indica que el Comentario 21 de la versión de (2010) recoge explícitamente la necesidad de atribuir capital libre a los EP.



beneficios de plena competencia, requisito imprescindible para dimensionar el Impuesto sobre beneficios con arreglo a la capacidad económica generada por el EP<sup>320</sup>.

Teniendo en cuenta que tanto el artículo 7 del Modelo Convenio OCDE, como los Comentarios al mismo han sido consensuados por los Estados miembros, que por otra parte han tenido la oportunidad de discrepar abiertamente sobre los mismos, sin que España y la mayoría de los Estados lo hayan hecho y teniendo en cuenta el valor interpretativo de los Comentarios una vez revisados, aplicados a versiones anteriores del Modelo Convenio (OCDE), valor que tal y como se recoge en la Introducción de todas las versiones del Modelo Convenio (OCDE)<sup>321</sup> ha de llevar a una interpretación dinámica de los Convenios. Esto significa que los Comentarios consensuados con posterioridad a una determinada versión del Modelo se aplican a todas las versiones anteriores, siempre y cuando, dicha interpretación no altere el significado del artículo respecto del que tenía con anterioridad a la modificación de los Comentarios, por lo que dado que el capital libre y los intereses por el uso de capitales ajenos han estado planeando continuamente sobre el EP, se puede responder negativamente al interrogante que plantea el título de este apartado<sup>322</sup>.

Sobre este particular, hemos de señalar que determinados Estados si han formulado Observaciones a los Comentarios de la versión (2008), tales como Grecia –al Comentario 45-, Portugal –a los Comentarios 45 y 48-, Suecia –al Comentario 46-, Alemania, Estados Unidos y Japón –al Comentario 48-; si bien, en términos generales, puede decirse que todos coinciden en la bondad de atribuir capital libre a los EP, sin embargo no todos se muestran de acuerdo en que los tres métodos autorizados por la OCDE y el cuarto de protección recogidos en el Informe OCDE (2008) y (2010) lleven necesariamente a un resultado del EP de plena competencia, ni todos consideran que deban someterse automáticamente al “criterio de simetría” descrito en el Párrafo 48 de

---

<sup>320</sup> Ver el Comentario 5 al artículo 7 de la versión del Modelo Convenio OCDE (2008), de donde se sigue como los enfoques de los diferentes Estudios realizados sobre “atribución de beneficios a EP”, “relaciones entre CC y EP” se han ido incorporando en las sucesivas revisiones de los Comentarios.

<sup>321</sup> Párrafos 33/36 versión (1995), 33/36.1 versiones (2000), (2005) y (2008) y 29/35 versión (2010). Sobre esta materia, ver Capítulo 1, apartado 2 “*La interpretación de los Convenios de doble imposición*” de Calderón Carrero y Martín Jiménez, en “Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea”, Editorial CISS, 2013, páginas 68 y siguientes.

<sup>322</sup> Ya se indicó en el Capítulo 1, apartado 1.4.3.2. Versión Modelo OCDE, de 22 de julio de 2010, la posición de la OCDE, avalando la aplicación dinámica de los criterios de interpretación recogidos en los Comentarios al artículo 7 de la versión del Convenio Modelo OCDE (2008).

los Comentarios, por el contrario a este criterio se debería llegar en el ámbito de un procedimiento amistoso.

Para concluir, en mi opinión, todo lo anteriormente expuesto avala la atribución de “capital libre” a EP financieros en el plano fiscal, al menos desde que las conclusiones del Informe de 1984 se incorporaron a los Comentarios al artículo 7<sup>323</sup>, si bien es cierto que los Estados de ubicación de EP han ido incorporándose paulatinamente a este movimiento, de manera que actualmente se observa una tendencia generalizada de capitalizar a los EP en fuente, para dimensionar adecuadamente la capacidad contributiva de los mismos en el ámbito del Impuesto sobre beneficios respecto de ejercicios anteriores a 2006<sup>324</sup>. Tendencia que ha provocado el inicio de otros tantos Procedimientos Amistosos a los efectos de practicar el ajuste en residencia que elimine la doble imposición provocado por el ajuste realizado en fuente.

### **3.10. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA Y PRONUNCIAMIENTOS DE TRIBUNALES DE JUSTICIA.**

Una vez analizada la atribución de capital libre en los ámbitos de la norma interna y convenida, solo resta ver como se están aplicando e interpretando estas normas en España y para ello se revisarán las actuaciones de la Administración tributaria, en las diferentes esferas de su competencia y las sentencias de los Tribunales de Justicia.

#### **3.10.1. ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.**

##### **3.10.1.1. ACTUACIONES DE COMPROBACIÓN.**

La Administración tributaria ha vislumbrado hace tiempo los problemas que plantea la subcapitalización de EP situados en España, la subcapitalización de EP situados en el extranjero y la excesiva capitalización –artificial- de EP también localizados en el extranjero, habida cuenta que todas estas situaciones, por diferentes derroteros, han

---

<sup>323</sup> Las conclusiones de los trabajos realizados por la OCDE (1984) y (1993) y la forma en que las mismas se han incluido en los Comentarios al artículo 7 de las sucesivas versiones del Modelo Convenio OCDE, apuntan a que dichas conclusiones son también de aplicación a los EP no financieros

<sup>324</sup> En el Capítulo 4 “Experiencia de Atribución de Beneficios y de Capital libre a Establecimientos Permanentes en el Derecho Comparado” se ha esbozado una semblanza sobre el tema.

conducido a una minoración de los ingresos tributarios del Estado español. De ahí que, en procedimientos de comprobación tributaria, la Administración haya abordado estas cuestiones en aquellas ocasiones en que las mismas se hayan puesto de manifiesto, dejando bastante claro la meta a alcanzar, que no es otra que, por un lado: capitalizar adecuadamente los EP de entidades no residentes situados en España, como paso previo a la asignación de intereses por el uso de capitales ajenos, a los efectos de determinar su responsabilidad por el IRNR y por otro: realizar esta misma labor, para determinar la renta generada por los EP de entidades residentes en España ubicados en el extranjero, respecto de la que se ha de eliminar la doble imposición por el IS en España.

Las primeras actuaciones de la Administración en esta materia se remontan a regularizaciones practicadas sobre el ejercicio 1997 y siguientes. Con posterioridad, la Subdirección Legal de Ordenación Legal emitió un Informe al respecto, Informe A/2/3/08, con fecha 4 de febrero de 2008, en el que se pronunció abiertamente por la asignación de una cifra de capital libre a un EP de una entidad financiera autorizada en Holanda. Y esta es la postura que sigue la Inspección de Hacienda, habiendo regularizado algunos expedientes, en los que la cuestión a debatir fue el montante de gastos por intereses a deducir a los efectos de determinar la renta del EP, respecto de la que se pretendía eliminar la doble imposición en el IS –no se habían computado gastos por intereses respecto de la financiación, siempre excesiva, recibida de su CC- o la determinación de la Base Imponible en el IRNR- la subcapitalización del EP era evidente-.

La finalización de estas actuaciones –que se realizaban también para EP no financieros era diversa-, es cierto que la mayoría de los expedientes, una vez terminado el procedimiento de comprobación, iniciaban un largo recorrido por las diferentes instancias administrativas y judiciales hasta obtener la última decisión en la Audiencia Nacional o en el Tribunal Supremo. Sin embargo, también se han dado casos en los que estos expedientes han terminado con la propuesta de regularización de los servicios de Inspección, uno de estos casos se refiere a una entidad financiera autorizada en Reino Unido, Estado que de acuerdo con su normativa interna capitaliza los EP de entidades no residentes, y la regularización propuesta por la Administración, replicando la estructura de capital de la entidad financiera, fue aceptada por la representación del EP, previa consulta con la dirección de la CC residente en Reino Unido.

### 3.10.1.2. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y DE JUSTICIA.

En las próximas líneas se hará un breve repaso de las Resoluciones recaídas sobre capitalización de EP, distinguiendo el Tribunal administrativo del que proceden.

#### TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de 27 de septiembre de 2011.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Ejercicios 2002, 2003 y 2004.

El expediente sobre el que se pronunció este Tribunal se refirió a un EP en España de una entidad financiera autorizada en Italia. El problema que enfrentó a la Administración tributaria y a la representación del EP, fue la cuantía de gastos por intereses que podían deducirse para determinar la base imponible en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes del EP, de los ejercicios 2002, 2003 y 2004, en relación con la financiación suministrada por su CC, habida cuenta que el contribuyente había considerado fiscalmente deducible la retribución de la total financiación suministrada por su CC.

La Administración tributaria, con base en el artículo 7.3 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y para prevenir la evasión fiscal, entre España e Italia, de 8 de septiembre de 1977 y asimismo en el artículo 18 del TRLIRNR estimó que solamente podían tener el carácter de deducibles los intereses abonados por el EP a su CC como consecuencia de la financiación suministrada que no pudiera calificarse como dotación de capital, considerando que la retribución a la dotación de capital en ningún caso tendría el carácter de deducible.

Por tanto, el primer paso era ver que parte de la financiación suministrada por la CC podía considerarse como si se hubiera obtenido de una entidad tercera y que parte debía tratarse como dotación de capital; para ello la Administración determinó la cifra de capital necesaria para que el EP pudiera desarrollar sus actividades en España, de acuerdo con la Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España, a las entidades de

crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos<sup>325</sup>. Primero se calculó el importe de los activos del EP ponderados en función de su riesgo –sin tener en cuenta el volumen de pasivos contingentes inscritos en las cuentas de orden del EP<sup>326</sup>–, una vez realizada esta operación, se llegó a la cifra de “capital libre” aplicando el tipo del 4% sobre el sumatorio de los activos pesados según riesgo.

Por último, se consideraron no deducibles los intereses pagados que retribuyeron la cifra del “capital libre”. Tanto los activos como los tipos de interés tomados en cuenta para todos los cálculos indicados se llevaron a su estado medio anual.

La representación del contribuyente no mostró su conformidad con esta propuesta de regularización, por entender que la misma vulneraba el contenido del artículo 7 del Convenio entre España e Italia.

Finalmente el TEAR desestimó la demanda del contribuyente por considerar que la Administración tributaria al determinar la cifra de “capital libre” del EP y el gasto por intereses deducibles había sido respetuosa con la norma convenida y asimismo con los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE.

Es muy posible que el contribuyente haya de realizar un largo recorrido, antes de obtener una sentencia satisfactoria, ya que la Resolución comentada cerró la vía administrativa y ha sido recurrida en sede judicial ante el Tribunal Superior de justicia de Madrid.

#### TRIBUNAL ECÓNOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL.

- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de septiembre de 2005.

Impuesto sobre Sociedades. Ejercicio 1997.

---

<sup>325</sup> Norma aplicable para la determinación de los recursos propios mínimos en los ejercicios objeto del expediente. Sobre este cuestión, véase Capítulo 2 “Establecimientos Permanentes de Entidades Financieras”, apartado 2.5.4 “Cálculo de los requerimientos de recursos propios mínimos”.

<sup>326</sup> Para determinar la *ratio* de solvencia, la Circular 5/1993, de 26 de marzo, tiene en cuenta los Activos y Pasivos Contingentes ponderados por riesgo.

En este caso, el expediente se refería a una entidad financiera residente en España, respecto del cual una de las discrepancias entre la entidad y la Inspección, entre otras importantes cuestiones, versó sobre la aplicación del artículo 29 *bis* de la normativa interna – Ley 43/1995, de 27 de diciembre-, relativo a la deducción por doble imposición de rentas de sucursales situadas en el extranjero, a las rentas obtenidas por la sucursal localizada en Reino Unido. El foco de atención recayó en la cuantía de renta que había de considerarse exenta en España, por haber tributado en el otro Estado, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- La sucursal en dicho Estado carecía de capital anotado en libros.
- La CC le suministraba financiación bajo la fórmula de préstamos.
- La sucursal no pagaba intereses a la CC por la financiación recibida, motivo por el cual no se había producido ninguna anotación en la contabilidad de las partes<sup>327</sup>.
- La sucursal había hecho un ajuste negativo sobre el resultado contable, en concepto de intereses por el uso de capitales ajenos, a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre beneficios en Reino Unido.
- La deducción por doble imposición declarada por la entidad giró sobre el resultado contable, deducido de los libros del EP.

La Inspección a la hora de cuantificar el gasto por intereses deducible para determinar la renta exenta en España dividió la financiación suministrada por la CC en dos grandes bloques, uno respondía al concepto de capital ideal o nocional que necesitaba el EP –calculado según la Circular 5/1993, de 26 de marzo- para realizar las actividades en Reino Unido, en tanto que el segundo se consideró como financiación no básica y en base a ello se trató como si fuera financiación recibida de terceros. Con este enfoque, la Administración española cuantificó los intereses correspondientes a los recursos suministrados por la CC catalogados como financiación no básica, minorando el resultado contable del EP, para calcular la renta respecto de la que se debía eliminar la doble imposición en el importe de dichos intereses. De esta manera la renta generada por el EP respecto de la que se debía eliminar la doble imposición comprobada por la Administración resultó menor a la declarada por la entidad.

---

<sup>327</sup> Este modo de proceder no afectó, como es lógico, a los estados consolidados CC/EP, pero obviamente conducía a un reparto de los ingresos tributarios entre las Administraciones fiscales de España y Reino Unido que no se correspondía con el valor añadido en cada Estado por cada una de las divisiones de la entidad financiera.

El TEAC en la Resolución mencionada respaldó la tesis de la Inspección, al considerar que únicamente los intereses correspondientes a la financiación no básica eran gastos por intereses atribuibles al EP de Reino Unido y como tales debían tenerse en cuenta para la cuantificación de la renta exenta del EP.

Esta Resolución fue confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2008, la cual a su vez se recurrió ante el Tribunal Supremo, que mediante Sentencia de 15 de diciembre de 2011 desestimó el recurso de casación, de manera que puede decirse que la Sentencia de la Audiencia Nacional ha cerrado el tema.

El esquema anteriormente relatado se repitió respecto de la misma sociedad y del mismo Impuesto para los ejercicios 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002, resolviéndose en vía administrativa en el sentido expuesto por las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de septiembre de 2005, de 23 de noviembre de 2006, de 14 de febrero de 2008, de 22 de octubre de 2009 – se refirió a los ejercicios 2001 y 2002- que fue aclarada por otra de 17 de diciembre de 2009-.

El recurso del sujeto pasivo en la instancia siguiente se resolvió por las Sentencias de la Audiencia Nacional, que confirmaron de nuevo la tesis de la Inspección, de:

- 18 de diciembre de 2008, planteado recurso de casación sobre esta Sentencia, el Tribunal Supremo lo desestimó, mediante Sentencia de 15 de diciembre de 2011.
- 29 de abril de 2010, confirmada por la que dictó el Tribunal Supremo el 11 de febrero de 2013.
- 2 de marzo de 2011, Sentencia que cerró con carácter definitivo el expediente, habida cuenta que el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de octubre de 2011, inadmitió el recurso de casación planteado por el contribuyente.
- 24 de enero de 2013, sin que la misma haya sido objeto de recurso por parte de la entidad, lo que implica que la decisión tomada por la Audiencia Nacional deviene firme.

- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de mayo de 2012.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Ejercicio 2002.

El expediente se refiere a un EP de una entidad financiera autorizada en Holanda, que mantenía en su balance una cifra de capital propio –anticipos de la CC- insuficiente a todas luces para acometer las actividades que realizaba en territorio español.

En este escenario, la propuesta de regularización de la Inspección consideró que, a los efectos de cuantificar la base imponible en España por el IRNR, era necesario determinar la cuantía de gastos financieros deducibles por utilización de recursos ajenos, una vez que se hubiera calculado la cifra de “capital libre” del EP, cifra que estaba anotada en los libros de la CC, entidad correctamente capitalizada con arreglo a la normativa bancaria vigente en Holanda en los ejercicios regularizados. A tales efectos, la Inspección con base en los artículos 17.1.c y 15.1.c. de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, en el artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, entre España y los Países Bajos, de 15 de junio de 1971 y en los Comentarios al Modelo (OCDE) sobre dicho artículo y asimismo en el Informe OCDE (2006), determinó la cifra de “capital libre” que debía atribuirse al EP, considerando que la misma debía ser la cifra mínima exigida a una entidad financiera independiente autorizada en España, de acuerdo con las normas contenidas en la Circular 5/1993, de 26 de marzo. Este método se incluyó en el Informe OCDE (2006) citado como método de protección o alternativo, con la denominación de “Criterio de *cuasi*-subcapitalización/capital mínimo regulador”.

La representación del EP se mostró en desacuerdo con la propuesta de la Inspección al estimar que:

- *El ordenamiento tributario español no contenía ninguna norma que diese cobertura a dicha propuesta.*
- *La Inspección se había basado en un Informe publicado en 2006, como borrador, siendo que su publicación como texto definitivo se produjo en el año 2008<sup>328</sup>. A ello añadió dicha representación que determinados Párrafos del Informe OCDE (2006) estaban en contradicción con el texto de los Comentarios al Modelo OCDE vigente en los ejercicios regularizados.*
- *No se mostró de acuerdo con la aplicación del artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre ni con el artículo 20 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre<sup>329</sup>.*

---

<sup>328</sup> En realidad, no puede decirse que el Informe publicado en 2006 fuera un borrador, se trataba de una publicación parcial, pues se publicaron tres Partes o Capítulos, incorporando el Informe publicado en 2008 la cuarta Parte referida a los Establecimientos Permanentes del sector de seguros.

<sup>329</sup> Se recuerda que el artículo 20 de la Ley 43/1995, posteriormente artículo 20 del TRLIS –al que se refiere la Resolución- fue objeto de una profunda modificación de acuerdo con el Real Decreto Ley



En cuanto a los argumentos utilizados por el TEAC, destacamos:

1º. El TEAC hizo un repaso en el tiempo sobre las sucesivas versiones del Modelo de Convenio OCDE y de los Comentarios a las mismas, para finalizar diciendo que el tema de la capitalización de los EP financieros no era nuevo en absoluto. El Informe OCDE (1984) ya abordaba este tema, como se puede observar de la lectura, entre otros, de los Párrafos 80 y siguientes que se refieren concretamente a la atribución de “capital libre” a los EP financieros.

2º. Debido a estos antecedentes, no puede admitirse que los Párrafos contenidos en el Informe OCDE (2006) sean considerados innovadores, antes bien se consideran unificadores de criterio y por ello no es posible que contradigan versiones anteriores de los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE.

3º. Puntualiza los argumentos utilizados por la Inspección, manifestando que en ningún momento la misma ha utilizado ni el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, ni el artículo 20 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre. Antes bien, el apoyo en este último artículo es solo para demostrar que en el ámbito financiero todas las entidades y, por supuesto, sus EP están debidamente capitalizados, de ahí que no cabe aplicar el mismo al caso controvertido. Los artículos manejados por la Inspección fueron en el ámbito convenido el 7 y sus Comentarios y en el interno el 17.1.c y el 15.1.c de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

4º. En cuanto al uso del Informe OCDE (2006) y (2008) para interpretar un artículo redactado en tiempos en los que dicho Informe aún no se había publicado, la opinión del TEAC en línea con diversas Sentencias emanadas del Tribunal Supremo es la de que el Modelo Convenio de la OCDE ha de interpretarse de manera dinámica.

Para terminar, indicamos que esta Resolución del Tribunal Económico Central también se pronunció sobre una cuestión de capital importancia, que hasta ese momento

---

12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, artículo 1, segundo. De hecho, el antiguo artículo 20 se denominaba “Subcapitalización”, en tanto que el actual se denomina “Limitación en la deducibilidad de gastos financieros”; por otro lado, las limitaciones contenidas en el antiguo 20 no afectaban a las entidades financieras, mientras que las del actual pueden afectarlas, en la medida en que las entidades financieras tributen en “Régimen de Consolidación Fiscal” con entidades que actúen en ámbitos no financieros.

había provocado múltiples comentarios: ¿La no aplicación del artículo 20 del TRLIS<sup>330</sup>, como norma especial de operaciones vinculadas, impedía la aplicación del artículo 16 del TRLIS, norma general de operaciones vinculadas?. La Resolución se pronuncia en el sentido de que si en un determinado escenario no se puede aplicar el artículo 20 del TRLIS, nada obsta a que se pueda aplicar el artículo 16 del mismo texto legal, si la operación en cuestión no supera los filtros de dicho artículo.

Respecto del mismo EP, para Impuesto sobre la Renta de No Residentes y ejercicio 2003, en el sentido anteriormente expuesto se pronunció la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 26 de junio de 2012.

Sobre ambos expedientes, a día de hoy, no se conocen decisiones de la Audiencia Nacional.

Como puede observarse, tanto los Órganos administrativos como judiciales han iniciado el camino sin retorno de capitalizar a los EP –que es tanto como decir que han decidido cuantificar el gasto por intereses de los EP con arreglo a una estructura de pasivo de mercado-, en la doble dirección, esto es, tanto en el caso de EP de entidades residentes en España situados en el extranjero<sup>331</sup>, como en el caso de EP de entidades residentes en el extranjero situados en España. En este último, caso los pronunciamientos se han dado únicamente en sede administrativa.

### 3.10.1.3. ACUERDOS PREVIOS DE VALORACIÓN

Para solventar los conflictos que provoca la atribución de capital libre a EP, los contribuyentes afectados pueden acudir al recurso que brinda el artículo 16.7 del TRLIS, y solicitar un Acuerdo Previo de Valoración de Precios de Transferencia –en

---

<sup>330</sup> Ya se indicó que el artículo 20 que se analizó en el expediente fue el antiguo artículo 20 “Subcapitalización” del TRLIS, antes de la modificación operada en el mismo por el artículo 1, segundo del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo.

<sup>331</sup> Se recomienda la lectura de la Resolución del TEAC, de 3 de marzo de 2010, referida a un EP de una entidad residente en España, situado en Argelia, que desarrollaba su actividad en el sector de petróleo, al que la Inspección imputó gastos financieros –la entidad no lo había hecho-, a los efectos de determinar la renta sobre la que debe eliminarse la doble imposición en España, por considerar que su estructura de capital no le permitía acceder a las inversiones realizadas en Argelia. Para llevar a cabo la imputación, la Inspección consideró la proporción “Inversiones brutas en Argelia / Inversiones totales de la entidad”. Esta Resolución ha sido confirmada, en este punto, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2013.

adelante APA-, como medio de ganar seguridad jurídica reduciendo al mínimo las contingencias fiscales. En el momento actual se tiene conocimiento de que la Administración tributaria ha tramitado diversos expedientes de APAs sobre capitalización de EP en diferentes sectores económicos, incluido el sector financiero. La ventaja de la utilización de esta herramienta es que el contribuyente conoce que el método propuesto para la valoración de la operación –en nuestro caso, método para atribuir capital libre al EP, como paso previo a la cuantificación de intereses deducibles- se entiende razonable por la Administración y a partir del mismo puede imputar una cifra de “capital libre” al EP durante los ejercicios a los que se refiera el APA, en cuanto a las desventajas, la más destacada es el periodo de tiempo que consume la resolución del APA, que viene a ser de un año, para APAs unilaterales y entre uno y dos 2 años, para APAs bilaterales.

En cuanto a la práctica, se indica que las APAs que se han solicitado sobre esta materia se refieren a un EP de una entidad financiera residente en Francia y se han planteado en sentido bilateral. Concretamente los periodos a los que han afectado las sucesivas APAs, dado que se han producido renovaciones, han sido los siguientes:

- Periodo 2005/2007.
- . Periodo 2008/2010.
- Periodo 2011/2015.

El Acuerdo Previo de Valoración España / Francia se solicitó para determinar que parte de la financiación recibida por el EP de su CC podía considerarse como dotación de capital para la cobertura de la actividad realizada por el EP en España. En cuanto a su resolución, las Autoridades francesa y española llegaron al Acuerdo de capitalizar el EP teniendo en cuenta el grado de capitalización o *ratio* de solvencia de la entidad financiera, esto es:

- Se calculó la *ratio* de solvencia para la entidad en su totalidad.  
Fondos propios/ Activos ponderados por riesgo.
- El cociente obtenido se aplicó a los activos ponderados por riesgo del EP en España.

En cuanto a los coeficientes de ponderación aplicados a los activos, se utilizaron los previstos en la normativa bancaria internacional.

Este cálculo es el resultado de la aplicación del método de “Atribución de Capital” previsto en OCDE (2010) y (2008) como una de las opciones para atribuir capital a los EP, si bien se hace notar que en la determinación de la cifra de capital libre no se han tenido en cuenta los riesgos correspondientes a las partidas anotadas en cuentas de orden.

#### 3.10.1.4. PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS

Aceptado el hecho de que los EP financieros deben estar capitalizados en fuente<sup>332</sup>, puesto que de acuerdo con OCDE (2010) y (2008) son varios los métodos que se pueden seguir para ello, conduciendo todos ellos a una atribución de beneficios al EP de plena competencia, no es menos cierto que la utilización por cada Estado de un criterio o fórmula diferente para atribuir capital puede conducir a doble imposición de las mismas rentas, como indica el Comentario 47 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008). En efecto, si cada Estado atribuye al EP una cifra de capital diferente, ello desembocará en que el importe de los beneficios atribuidos al EP en el Estado de la fuente sea diferente al importe de los beneficios atribuidos en residencia a los efectos de eliminar la doble imposición, habida cuenta que cada Estado determinará una cifra diferente de intereses por el uso de capitales ajenos deducibles.

En este escenario y por las implicaciones que del mismo se derivan, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, según se deduce del Comentario 48 al artículo 7 del Modelo OCDE (2008) se decantó por una solución práctica y así fue como los Estados acordaron aceptar, a los efectos de cuantificar el importe de gasto por intereses para calcular la cuantía de renta exenta en residencia, la atribución de capital que resulta de la aplicación del criterio del Estado de la fuente –principio de simetría- siempre que se dieran determinadas condiciones: 1) que la diferencia en la atribución de capital derive de diferencias en la elección de método por diferencias en la legislación de los Estados

---

<sup>332</sup> Los EP en residencia siempre están capitalizados, habida cuenta que la entidad financiera globalmente ha de contar con una cifra de recursos propios mínimos, en línea con las Directivas comunitarias, transpuestas a la norma interna de los diferentes Estados. Aún así, también en residencia ha de calcularse la renta generada por el EP respecto de la que ha de eliminarse la doble imposición, de ahí la necesidad de atribuir gasto por intereses al EP.

y 2) que el criterio utilizado por el Estado de ubicación del EP sea un criterio autorizado que lleve a una renta del EP de plena competencia.

Los Comentarios 44 y siguientes al artículo 7 del Modelo OCDE (2010) se muestran en la misma línea que los de la versión (2008) anteriormente aludidos, de ahí la insistencia en la necesidad de que los Estados resuelvan sus diferencias de interpretación del artículo 7 para minimizar el riesgo de doble imposición en el ámbito de los intereses deducibles, que es del que se ocupa principalmente este trabajo, absteniéndose de practicar ajustes cuando la interpretación de los dos Estados, pese a no llevar a la misma cifra de capital, entienda uno de ellos que la atribuida en el otro Estado es razonable.

Sin embargo llegar a un comportamiento de los Estados como el descrito llevará su tiempo, hasta que ello se consiga es muy posible que se den situaciones de doble imposición, como se desprende del contenido del artículo 7.3 del Modelo OCDE (2010), por lo que cuando ello sucede, el número 3 del artículo 7 llama al Estado correspondiente a practicar el ajuste apropiado para eliminar la doble imposición y aquí es, si no hay acuerdo para determinar la cuantía del ajuste, cuando puede ponerse en marcha el Procedimiento amistoso.

Como veíamos en este mismo Capítulo, apartado 3.6.2. “Posición del Estado de residencia ante el ajuste practicado en el Estado de la fuente”, el representante del EP ante una rectificación de la cuantía de beneficios atribuida al mismo, realizada por las autoridades fiscales del Estado de la fuente, informará de la misma a las autoridades fiscales del Estado de residencia de la CC, las cuales pueden reaccionar en la forma siguiente:

- Muestran su conformidad con el ajuste realizado por las autoridades fiscales del Estado de la fuente. En este caso, las autoridades del Estado de residencia rectificarán sin más el importe de la renta del EP a los efectos de eliminar la doble imposición de dichas rentas en sede de residencia de la entidad financiera.
- No se muestran de acuerdo con el ajuste realizado por las autoridades fiscales del Estado de la fuente. En este caso se inicia un procedimiento amistoso, a

instancias del contribuyente, que puede desarrollarse bajo la cobertura de las normas siguientes:

- A) Norma comunitaria. Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, para evitar la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas.
- B) Norma Convenida. Artículo 25 Modelo Convenio OCDE.

Dado que la norma mencionada, en primer lugar, obliga a los Estados a eliminar la doble imposición, en tanto que la norma convenida –para los Convenios redactados según versiones del Modelo anteriores a la versión de 2008- recomienda, pero no impone eliminar la doble imposición, es por lo que la mayoría de entidades financieras residentes en Estados de la Unión Europea con EP situados igualmente en Estados comunitarios, han planteado los procedimientos amistosos que afectaban a ejercicios anteriores a 2008 al amparo de la norma comunitaria.

En aquellos casos en que proceda aplicar la cláusula de arbitraje –incorporada en el artículo 25 de la versión 2008 del Modelo Convenio, apartado 5- las dos normativas llevan al mismo resultado.

Por último, por lo que respecta a procedimientos amistosos iniciados en situaciones cubiertas por el Modelo Convenio 2010, el propio artículo 7 en su apartado 3 obliga a eliminar la doble imposición ante ajustes realizados en cualquier Estado.

Hemos de subrayar que la doble imposición se elimina respecto del concepto indicado, o de cualquier otro que de lugar a una anotación contable en fuente y en residencia por operaciones vinculadas, pero puede haber doble imposición por otros motivos, tales como: diferencias en amortizaciones, deducibilidad de gastos, tributación de ingresos, ámbitos que corresponden a la normativa interna de los Estados y que en la medida en que no estén tratados de la misma forma en ambos Estados pueden conducir a doble imposición. Esta doble imposición se eliminará, en todo caso, cuando las

diferencias sean de carácter temporal, si bien en diferente ejercicio; cuando las diferencias sean de carácter permanente, será imposible evitar la doble imposición<sup>333</sup>.

En España, se planteó en el ejercicio 2011 un procedimiento amistoso por parte de una entidad financiera con un EP en Portugal. El expediente se inició a causa de la regularización propuesta por las autoridades fiscales portuguesas, como resultado de la comprobación de la situación del EP, correspondiente al ejercicio 2006; la regularización consistió en un ajuste positivo sobre la base imponible declarada por el EP, para minorar los gastos financieros que el EP dedujo a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre beneficios portugués, por carecer de capital contable –concretamente su cifra de capital era negativa-. En fecha más reciente –agosto de 2013- se ha solicitado otro procedimiento amistoso por un establecimiento financiero de crédito, como consecuencia de haber capitalizado las autoridades fiscales portuguesas su EP en Portugal en los ejercicios 2007, 2008 y 2009<sup>334</sup>.

En los últimos tiempos se observa una implicación muy activa por parte de las Autoridades fiscales de los diferentes Estados en la determinación de los Precios de Transferencia en las operaciones realizadas entre la CC y sus EP, como el modo más idóneo de proteger sus ingresos tributarios, lo que ha dado lugar a un incremento en la solicitud de procedimientos amistosos, que sin duda se ha de mantener hasta que la interpretación del artículo 7 del Modelo Convenio reflejada en los Comentarios al Modelo OCDE (2010) y en el Informe sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes (2010) se asuman plenamente por los Estados implicados.

---

<sup>333</sup> Las diferencias en los tipos de amortización o en los años de vida útil de los activos producen diferencias de tributación temporales, pero estas diferencias se habrán eliminado cuando el activo en cuestión se haya amortizado totalmente en los dos Estados. De hecho, estas diferencias no deben afectar en modo alguno a la eliminación de la doble imposición de las rentas en sede de residencia, que se ha de realizar con independencia del año en el que se haya pagado el Impuesto en el Estado de la fuente, Comentario 32.8 “Desajuste temporal” al artículo 23 del Modelo Convenio OCDE (2010), mismo Comentario en la versión (2008). Sobre esta cuestión, ver Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 16 de febrero de 2009 y de 25 de junio de 2010, en las que se indica como aplicar la deducción por doble imposición cuando la renta en cuestión se grava en ejercicios diferentes en los dos Estados.

<sup>334</sup> Ver Capítulo 4 “Experiencia en Atribución de Beneficios y de Capital Libre a Establecimientos Permanentes en el Derecho Comparado”, apartado 4.2.6. Portugal, en el que se recogen de manera sucinta las actuaciones de la Administración fiscal portuguesa, cuya regularización motivó la iniciación de los Procedimientos Amistosos en España por parte de las entidades financieras autorizada en España.

En cuanto al tiempo que transcurre entre el inicio de un procedimiento y su finalización, el mismo puede oscilar entre uno y siete años.

Los procedimientos amistosos junto a los Acuerdos Previos de Valoración bilaterales constituyen las opciones más convenientes para garantizar la eliminación de la doble imposición en este campo<sup>335</sup>.

### **3.11. CONCLUSIONES.**

La determinación de la base imponible de las sociedades residentes en España, a efectos del Impuesto sobre Sociedades y, asimismo, la determinación de la base imponible de los EP situados en España, a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, descansan en gran medida en la normativa contable, así se reconoce en el artículo 10.3 del TRLIS. Bien es verdad que para ello ambas contabilidades, la de la entidad y la del EP, deben reflejar fielmente la imagen de una y de otro. En caso contrario, el propio TRLIS en el artículo 143 autoriza a la Administración Tributaria a determinar la base imponible practicando, conforme se indica en el artículo 10.3 del TRLIS, cuantos ajustes sean necesarios para llegar al resultado económico que respete el principio de “imagen fiel”, resultado económico que será el punto de partida para llegar a la base imponible de la entidad y del EP<sup>336</sup>.

Relacionando el contenido de los artículos mencionados con lo descrito en los apartados anteriores de este Capítulo, llegamos a la conclusión de que la contabilidad de un EP que carezca de anotación contable de dotación de capital, convalidada desde luego por la normativa bancaria, o que contenga la anotación de una dotación de capital de escasa cuantía en relación con los activos asignados, las funciones desarrolladas y los riesgos asumidos por el EP en el Estado de situación, no es representativa de la imagen fiel del patrimonio del EP, ni de su resultado económico.

---

<sup>335</sup> En este mismo Capítulo, apartado 3.7 “Ajustes mediante Procedimiento Amistoso” se desarrolla este tema con mayor detalle, por lo que para evitar repeticiones nos remitimos al mismo.

<sup>336</sup> Artículos 10 y 131 de la Ley 27/2014.



De ahí que para llegar a la “imagen fiel” que refleje el resultado económico del EP sea necesario preparar una contabilidad fiscal. Para ello hemos de recolocar o recalificar el pasivo del EP, calculando las cifras de capital propio y de recursos ajenos, teniendo como referente el papel que debe protagonizar en cualquier empresa el capital. Para hacer este ejercicio se obviará el principio de vinculación contable, en la medida en que el mismo nos aleje de la realidad económica del EP, atendiendo de manera especial a los indicadores que nos envía el principio de vinculación funcional, con la ayuda de los métodos de atribución de capital autorizados por la OCDE y del de protección alternativo, descritos brevemente en el apartado 3.3 de este mismo Capítulo.

Estos métodos conducen a una cifra de recursos propios acorde con el principio de libre competencia; de ellos, en nuestra opinión, los que mejor se adaptan a la situación de EP de carácter financiero son:

- El método de atribución de capital, porque asigna el total capital real de la entidad financiera entre todas sus divisiones.

- El método de *Safe harbour* o *Quasi subcapitalización*, porque de su aplicación se deriva una cifra de “capital libre” de mínimos o “capital suficiente”, que responde al “principio de prudencia” y satisface el objetivo perseguido por la norma fiscal del Estado de la fuente, que no es otro que el de atribuir beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia, beneficios a los que contribuye el gasto por intereses por el uso de capitales ajenos.

Ambas cifras de capital pueden ser objeto de contraste con las determinadas por aplicación de los otros dos métodos autorizados de la OCDE mencionados en los apartados 3.3.2 y 3.3.3 anteriores, ya que habida cuenta que la atribución de capital a un EP financiero encierra cierto grado de dificultad, es aconsejable utilizar más de un método para realizar esta tarea, tal y como consta en el Párrafo 2.11 de las Directivas (2010)<sup>337</sup> y como también aconseja el Párrafo 125, Parte II del Informe OCDE (2010)<sup>338</sup>, para asegurarnos de que la cifra obtenida por el método elegido no presenta diferencias con las obtenidas por los otros métodos que no puedan ser razonadas.

---

<sup>337</sup> Párrafo 1.69 de las Directivas (1995).

<sup>338</sup> Párrafo 126, Parte II del Informe OCDE (2008).

En definitiva se trata de que el método finalmente elegido nos proporcione una cifra de capital libre que sea consistente para las funciones y riesgos del EP.

Sólo si se dota de “capital libre” a los EP, por complicada que se pueda manifestar esta tarea, se habrá logrado atribuir beneficios al mismo con arreglo al principio de libre competencia, que es tanto como decir que se habrá determinado la tasa de retorno adecuada para retribuir los factores de la producción del EP, constituyendo ese montante de beneficios el elemento nuclear que lleve a la base imponible y a determinar correctamente la responsabilidad tributaria del EP por el IRNR en España.

Y este es el camino que se sigue en España, tanto a nivel administrativo como a nivel de Tribunales de Justicia, capitalizar a los EP, al menos en sus cuantías mínimas, y ello tanto para el caso de EP financieros, como para el caso de EP que desarrollan su actividad en esferas no financieras y esta tendencia se observa tanto en los casos en que España actúa como Estado fuente –cuantificación de la responsabilidad tributaria del EP en el IRNR-, como cuando actúa como Estado de residencia –eliminación de la doble imposición de la renta generada por el EP en el IS-.

Se puede decir que las actuaciones de la Administración y de los Tribunales de Justicia españoles están perfectamente alineadas con las de los países de la Unión Europea y con las de países terceros, por lo que es de esperar que aunque se generen supuestos de doble imposición, que se generaran, bien por diferencias en la norma interna de los Estados o por la diferente interpretación que los mismos hagan del artículo 7 de los Convenios, ya anticipada por las Observaciones a los Comentarios y por las Reservas al artículo 7 manifestadas en los Comentarios de las sucesivas versiones del Modelo Convenio, los Estados implicados se involucren en la tarea de eliminarlos, lo que sin ningún género de dudas redundará en beneficio de todos los afectados: Estados y contribuyentes.





## **CAPÍTULO 4.**

### **EXPERIENCIA DE ATRIBUCION DE BENEFICIOS Y DE CAPITAL LIBRE A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **SUMARIO**

4.1 INTRODUCCIÓN. 4.2 ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. 4.2.1. Dinamarca. 4.2.2. Francia. 4.2.3. Países Bajos. 4.2.4. Reino Unido. 4.2.5. Bélgica. 4.2.6. Portugal. 4.3. ESTADOS TERCEROS. 4.3.1. Estados Unidos. 4.3.1.1. Convenio Estados Unidos / España. 4.3.1.2. Convenio Estados Unidos / Reino Unido. 4.3.2. Canadá. 4.4. CONCLUSIONES.

#### **4.1. INTRODUCCIÓN.**

Puesto que es un hecho que la mayoría de los Estados han asumido la necesidad de capitalizar, siquiera en sus niveles mínimos, a los EP tanto internos como externos, se ha producido, en algunos sistemas fiscales, la modificación de determinadas normas –en otros no ha sido necesario- con la finalidad de adaptar las mismas a las pautas marcadas por la OCDE en el Informe OCDE (2008) y (2010) en este ámbito y de esta manera capitalizar a los EP con la cobertura legal adecuada.

No obstante, determinados Estados ya venían aplicando sus normas para capitalizar EP, como se verá en los dos apartados siguientes, en los que se han catalogado los Estados según fueran o no miembros de la Unión Europea. Este modo de proceder en ocasiones ha provocado confrontaciones diversas entre la Administración tributaria y el contribuyente, confrontaciones que terminaban resolviéndose finalmente en los tribunales. Pues bien, en las líneas que siguen, trataremos de analizar, siquiera brevemente, junto a las normas de atribución y de capital a EP, algunos casos de atribución de “capital libre”<sup>339</sup> a EP que han provocado discrepancias entre la

---

<sup>339</sup> Se entiende por “Capital libre” la suma de recursos propios de una entidad o de un EP cuya retribución no genera deducibilidad en el Impuesto sobre Beneficios.

Administración tributaria correspondiente y el contribuyente, con la intención de dibujar la panorámica internacional actual de esta cuestión, que en los últimos tiempos viene siendo objeto de un intenso debate desde un doble punto de vista: por un lado, por las consecuencias que en términos de coste fiscal acarrea y por otro: porque puede haber un replanteamiento por parte de las sociedades que decidan trabajar en un Estado diferente al de su residencia, para hacerlo no a través de un EP, sino a través de una sociedad filial.

## **4.2. ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.**

Los casos seleccionados dentro de los diferentes Estados que integran la Unión Europea son los siguientes:

### **4.2.1. DINAMARCA.**

#### **NORMATIVA.**

##### **a) Atribución de beneficios.**

Las normas integradas en el sistema fiscal danés que se aplican para atribuir beneficios a EP descansan, siguiendo las pautas de la OCDE, en el principio de libre competencia.

##### **b) Atribución de Capital libre.**

En lo concerniente a esta materia, el legislador se pronuncia por la aplicación de la norma de subcapitalización basada en la “*ratio*” fija Deudas / Capital, método de Imputación de “Capital Económico”, Párrafo 106, Parte II, en OCDE (2010)<sup>340</sup>. No obstante, también se permite a las entidades financieras tener niveles de endeudamiento superiores a los determinados por aplicación de la “*ratio*” fija, siempre que dichos niveles puedan soportar la comparación con el nivel de endeudamiento que presenten entidades terceras no vinculadas en idénticas o similares circunstancias, método cercano al denominado en el Párrafo 107 y siguientes de OCDE (2010) método de “*Thin capitalization*”<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Párrafo 107, en OCDE (2008).

<sup>341</sup> Párrafo 108 y siguientes en OCDE (2008).

## ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACION.

La Administración danesa ha estudiado este tema, en la situación concreta de un banco internacional autorizado en un Estado miembro de la Unión Europea con un EP ubicado en Dinamarca y asimismo con EP distribuidos por todo el mundo, esto es, en Estados miembros de la Unión Europea y en Estados terceros.

Del examen realizado, a partir de los libros registro del EP de los ejercicios 2004 a 2007, se observó:

- Las funciones asignadas al EP se centraban fundamentalmente en actividades bancarias comerciales realizadas en el mercado danés y con clientes daneses y en banca privada con carácter minoritario.
- La mayor parte del activo del EP estaba financiado con préstamos de su CC. Los intereses que retribuían estos préstamos se cargaban al Euribor más un pequeño margen.
- El EP carecía de “capital libre”, si bien en su balance aparecía una cuenta denominada “*Own Means*”, la cual fundamentalmente se utilizaba para recoger los beneficios y las pérdidas del ejercicio corriente, así como otras transacciones que se imputaban al capital de la CC.

A partir de estos datos, la Administración fiscal danesa resolvió este tema con el recurso del Párrafo 1.37 de la Guía de Precios de Transferencia<sup>342</sup>, de los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE (2008) y de los Párrafos 10 y 155 a 183 Parte I y 53, 86, 88 a 90 y 99 a 127, Parte II de OCDE (2008). Concretamente los pasos fueron los siguientes:

- Determinar el volumen de activos totales de la entidad y del EP.
- Determinar el volumen de activos totales ponderados en función del riesgo que los acompañaba de la entidad y del EP.
- Cuantificar el “capital libre” que necesitaría el EP para financiar sus activos ponderados según riesgo, en la misma medida en que se financiaban los activos totales de la entidad, esto es por aplicación de la “*ratio* de solvencia” de la entidad bancaria.

---

<sup>342</sup> Versión de 1979.

- Determinar el tipo medio de interés pagado en cada año a los préstamos suministrados por entidades vinculadas, dado que toda la financiación que utilizaba el EP procedía de las mismas.
- Aplicar dicho tipo medio de interés a la cifra de “capital libre” que se había atribuido al EP danés.

El resultado de esta operación proporcionó la cifra de gasto por intereses no deducible en sede del EP, para determinar la base imponible del Impuesto sobre beneficios, por considerar que la misma retribuía los capitales propios del EP.

#### 4.2.2. FRANCIA.

##### NORMATIVA.

##### a) Atribución de beneficios.

Actualmente la atribución de beneficios a EP se realiza de acuerdo con el Informe OCDE (2010) y (2008), siguiendo el “principio de libre competencia”. Para ello se desarrolla un análisis de las funciones y riesgos del EP, y se aplica la Guía de Precios de Transferencia OCDE, por analogía, a las operaciones realizadas entre el EP y su CC,

##### b) Atribución de capital libre.

Aunque el sistema fiscal francés está dotado de normas de subcapitalización generales u ordinarias, se considera que las mismas no les son de aplicación a las instituciones financieras, sin embargo, ello no obsta para que las autoridades estudien el grado de capitalización de los EP financieros y, en su caso, puedan exigir una determinada cifra de capital para asignar gastos financieros al EP, dicha actividad se realiza teniendo en cuenta el artículo 209 I del *French Tax Code –FTA-* y el artículo 7 de los Convenios para evitar la doble imposición en vigor.

Así es como las autoridades fiscales francesas, con anterioridad a la publicación del Informe OCDE (2008), asignaban “capital libre” a los EP situados en Francia, debido a los problemas de pérdida de ingresos fiscales que venía acarreado la ausencia de “capital libre” o una dimensión del mismo por debajo de las necesidades reales de



financiación propia. Partían del hecho de que había que determinar los beneficios del EP con arreglo al principio de libre competencia, de manera que dichos beneficios debían retribuir razonablemente las funciones y los riesgos efectivamente asumidos por dicho EP. Para ello, siguiendo los Acuerdos de Capital del Comité de Basilea, asignaban capital aplicando primero, la *ratio Cook* (1998) y posteriormente, la *ratio Mc Donough* (2007)<sup>343</sup>, métodos que se identifican con el método de “*Capital Allocation*” propuesto en OCDE (2010), Parte II, Párrafos 98 y siguientes<sup>344</sup> o BIS (*ratio*) y de esta manera rechazaban la deducibilidad fiscal de una porción de intereses soportados por el EP francés.

Para calcular la cifra de “capital libre” se computan tanto los activos, como las partidas anotadas fuera de balance, todos ellos ponderados en función del riesgo que los acompaña. La cifra de capital, a partir de 1 de enero de 2013, es la prevista en Basilea III. Anteriormente la cifra de capital debía ser como mínimo del 8% sobre la cifra de activos y pasivos contingentes ponderados por riesgo, en tanto que la *Tier 1* debía ser como mínimo del 4%<sup>345</sup>.

#### ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACION. TRIBUNALES.

La Administración fiscal francesa, como se expuso en líneas anteriores, capitaliza en sus niveles mínimos los EP de entidades financieras no residentes, ejercicio que practica, bien a través de auditorías fiscales o a través de APAs.

De hecho, ha suscrito APAs bilaterales en relación con la asignación de costes financieros entre la CC francesa y su EP situado en España, encontrándose entre dichos costes los intereses por el uso de capitales ajenos a imputar al EP<sup>346</sup>, para lo cual es presupuesto imprescindible asignar previamente una cifra de “capital libre” al EP. También ha resuelto APAs de carácter unilateral, para valorar las retribuciones de préstamos entre la CC francesa y el EP ubicado en España.

Por lo que se refiere a la capitalización de EP realizadas como consecuencia de auditorías fiscales, recientemente el Tribunal Superior –*French High Court (Conseil*

---

<sup>343</sup> A diferencia de la *ratio Cook*, que pondera el riesgo de crédito y el de mercado, la *ratio Mc Donough* contempla además el riesgo operativo

<sup>344</sup> Parte II, Párrafos 99 y siguientes OCDE (2008).

<sup>345</sup> “Recursos Propios mínimos de primera categoría” en Basilea II.

<sup>346</sup> Ver Capítulo 3, apartado 3.10.1.3 “Acuerdos Previos de Valoración”, en que se menciona un APA bilateral Francia/España.

*d'Etat*)- mediante Decisión de 11 de abril de 2014<sup>347</sup>, ha rechazado las decisiones de *Paris Administrative Court of Appeals* que a su vez confirmaron sendas propuestas de la Administración Fiscal francesa capitalizando EP de entidades residentes en Italia, Alemania y Portugal. El rechazo de la asignación de “capital libre” por parte del Tribunal Superior se fundó:

- Las entidades financieras no estaban afectadas por la norma interna de subcapitalización.
- La capitalización en si no estaba amparada por ninguna norma o Convenio específico. Los Tratados firmados con los Estados aludidos no contemplan explícitamente esta posibilidad, y los Comentarios sobre esta cuestión –se refiere el Tribunal al Informe OCDE de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes- no son relevantes a estos efectos, pues los tratados se firmaron con anterioridad a la fecha de publicación del Informe<sup>348</sup>.
- El método de cómputo utilizado por las Autoridades fiscales se consideró excesivo, pues al replicar en el EP la *ratio* de la CC, se llegaba a una asignación de capital libre del 12% o incluso del 13% sobre la cifra de activos y de partidas anotadas en cuentas de orden ponderadas por riesgo, aún cuando estas partidas no demandasen financiación alguna<sup>349</sup>.
- Los bancos, como cualquier otra compañía son libres de elegir como financiar su actividad, con deuda o con capital<sup>350</sup>.

No se tiene conocimiento de la reacción de la Autoridad fiscal francesa ante estas Decisiones, a las que, sin duda, las entidades financieras no residentes con EP en Francia estarán prestas a valorar.

---

<sup>347</sup> Estas Decisiones aparecen comentadas en *Fidal* 2014, *April, Information Note. “Free capital of bank branches: The French High Court cancels the FTA’s reassessments”*.

<sup>348</sup> En la Introducción a todas las versiones del Modelo Convenio OCDE, concretamente Párrafos 33/36.1 versión (2008) se recoge la posición de la OCDE avalando la aplicación dinámica de los criterios de interpretación recogidos en los Comentarios de esta versión del Modelo Convenio OCDE a versiones anteriores, por lo que sorprenden las manifestaciones del Tribunal en este sentido, más aún cuando la versión (2010) del Modelo Convenio OCDE incorpora el artículo 7 y los Comentarios al mismo de la versión (2008), con la indicación expresa de su aplicación para interpretar dicho artículo en las versiones anteriores. Se indica que las Autoridades fiscales francesas no han formulado reservas al artículo 7 de la versión (2008), ni observaciones a los Comentarios.

<sup>349</sup> Es muy cierto que estas partidas, en ocasiones, no demandan financiación, pero no es menos cierto, que en un momento dado, el banco precise hacer frente a alguna obligación –caso de avales cuando el obligado principal no satisface la deuda a su vencimiento- en cuyo caso dicha obligación deberá estar cubierta por la correspondiente financiación.

<sup>350</sup> Este hecho puede ser visto por el Tribunal Superior de esta manera en el ámbito fiscal, pero en ningún caso desde el punto de vista de normativa bancaria, que establece la proporción exacta de recursos propios y recursos ajenos que han de formar la financiación total de la entidad.

#### 4.2.3. PAISES BAJOS

##### NORMATIVA.

###### a) Atribución de beneficios.

No existían normas detalladas que diesen cobertura a la atribución de beneficios a EP, sin embargo dicha tarea se realizaba a través de la jurisprudencia de los tribunales. Estos en la resolución de los temas planteados han dictaminado que “*los activos, las deudas y las rentas han de asignarse al EP en la medida en que los mismos se relacionen con las funciones ejecutadas por el EP*”. Por otra parte, las autoridades fiscales holandesas son muy activas en la utilización de “*tax rulings*” para determinar qué clase de rentas se imputan a los EP.

Se destaca que a raíz de la publicación del Informe OCDE (2008) ha incrementado el interés de las autoridades fiscales por los EP financieros, a los que considera –exactamente igual que a los no financieros- como una empresa separada de su CC, siguiendo las directrices de la Guía de Precios de Transferencia a la hora de asignar costes a los mismos, esto es considerando las funciones ejecutadas.

###### b) Atribución de capital libre.

Tampoco existían normas en lo tocante a este tema, si bien las autoridades fiscales conscientes de los problemas que presenta un déficit de “capital libre” en los EP situados en su territorio, venían aplicando una cláusula similar a la de “*Capital Allocation*” propuesta en OCDE (2010) Parte II, Párrafos 98 y siguientes<sup>351</sup> o BIS (*ratio*). Esta fórmula se utilizaba tanto para atribuir capital a los EP situados en los Países Bajos, como a los EP de entidades financieras autorizadas en los Países Bajos, localizados en el extranjero. Si bien su aplicación no era pacífica, dado que la mayoría de los expedientes terminaban en los Tribunales que paulatinamente han ido sentando jurisprudencia, y así la deducción de gastos por intereses que traen causa de préstamos entre la CC y el EP aparece limitada por la cifra de capital libre asignada al EP, cifra que respondía a la BIS (*ratio*) de su CC.

Las autoridades fiscales seguían la línea trazada por la jurisprudencia, sin embargo, el contribuyente podía optar por aplicar otro método de capitalización

---

<sup>351</sup> Parte II, Párrafos 99 y siguientes en OCDE (2008).

diferente, si bien para ello había de probar que el método llevaba a una remuneración de las funciones del EP de plena competencia.

La decisión de capitalizar a los EP podría afectar de manera significativa a las entidades financieras, sobre todo en aquellos casos en que se ponga de manifiesto, que de acuerdo con las cláusulas propuestas en OCDE (2010) y (2008), el EP situado en los Países Bajos se muestra infracapitalizado.

No obstante, se puede considerar que lo anteriormente expuesto, a día de hoy, está superado, habida cuenta que las autoridades fiscales han salido al paso de las diferentes opiniones que suscitaba la aplicación de los Comentarios al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) mediante la publicación del Decreto de 27 de enero de 2011, por el que se dan las pautas para la aplicación del enfoque autorizado de la OCDE, considerando que los Comentarios han de interpretarse con sentido dinámico. Esta decisión es de gran importancia, por cuanto con anterioridad a la publicación del Decreto no estaba claro si las autoridades holandesas a la hora de determinar las rentas del EP y más concretamente la cifra de gasto por intereses por el uso de capitales ajenos, a los efectos de eliminar la doble imposición de las rentas generadas por el EP en sede de la entidad financiera residente en Holanda, aplicarían el “principio de simetría”.

#### ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACION. TRIBUNALES.

En relación con la práctica administrativa holandesa, comentamos un caso en concreto referido al Impuesto sobre beneficios del ejercicio 1995, de un EP situado en Holanda, cuya CC era residente en Bélgica, que finalmente se sustanció a nivel de Tribunales.

El Balance del EP presentaba la siguiente estructura (en florines holandeses):

| ACTIVO           |            | PASIVO            |                            |
|------------------|------------|-------------------|----------------------------|
| Tesorería        | 1.279.000  | Préstamos Bancos  | 357.135.000 <sup>352</sup> |
| Cuentas a Cobrar | 78.747.000 | Otras D. Líquidas | 54.739.000                 |

---

<sup>352</sup> Dentro de esta rúbrica, se integraba una partida que respondía al concepto de una cuenta corriente de débito con la CC por importe de 266.891.000 florines holandeses.

|                           |                    |                       |                    |
|---------------------------|--------------------|-----------------------|--------------------|
| Créditos                  | 336.661.000        | Otras Deudas          | 26.399.000         |
| Intereses a cobrar        | 21.000.000         | Otras D. transitorias | 6.476.000          |
| Edificios y otros Activos | 576.000            |                       |                    |
| Activos Transit. Varios   | 6.355.000          |                       |                    |
| Pérdidas del ejercicio    | 131.000            |                       |                    |
| <b>TOTAL</b>              | <b>444.749.000</b> | <b>TOTAL</b>          | <b>444.749.000</b> |

Ante este escenario, la administración fiscal holandesa revisó la declaración presentada por el EP en relación con el Impuesto sobre beneficios y consideró que había que atribuir al EP una cifra de “capital libre”, tarea que realizó según las pautas que se recogen a continuación:

1) Se determinó la BIS *ratio* de la entidad financiera.

Para ello se estableció la siguiente fracción:

Capital de la entidad financiera / Total activos de la entidad ponderados por riesgo

Esta fracción arrojó el resultado de 10,20%. Ello significaba que los activos contables de la entidad financiera estaban financiados:

- Por capitales propios. En una cuantía igual al 10,20% sobre los activos ponderados por su riesgo.
- Por capitales ajenos. En una cuantía que venía dada por la diferencia entre los activos contables y la cifra determinada anteriormente.

Al comparar, a través de esta *ratio* la capitalización del EP con la capitalización de la entidad financiera en su conjunto, se observó que el primero presentaba una situación de infracapitalización.

2) Cálculo de la cifra de “capital libre”.

De acuerdo con esto, las autoridades fiscales concluyeron que la cifra de “capital libre” a atribuir al EP debía calcularse aplicando el porcentaje de Bis *ratio* de la entidad financiera sobre el volumen de activos del EP ponderados en función de su riesgo.

Activos del EP ponderados por su riesgo: 204.124.000 Florines holandeses.

Cifra de “Capital libre”:  $10,20 \% \text{ s/ } 204.124.000 = 20.820.648$  Florines holandeses.

Dado que el EP en el ejercicio 1995 había generado pérdidas por importe de 131.000 Florines, la cifra final de “capital libre” a atribuir al EP debía ser de 20.951.648 Florines, esto es, el resultado de sumar a la cifra de “capital libre” inicialmente calculada, la cuantía de las pérdidas del ejercicio 1995<sup>353</sup>.

3) Cálculo del gasto por intereses de capitales ajenos no deducible.

A tales efectos, las autoridades fiscales holandesas calcularon el tipo medio de interés de los capitales ajenos que se pagó durante el ejercicio 1995, que ascendió a 4,60%.

Por último, las autoridades aplicaron dicho tipo medio de interés sobre la cifra de “capital libre”:

$4,60\% \text{ s/ } 20.951.648 = 963.776$  Florines holandeses

Esta cifra de 963.776 Florines holandeses fue finalmente el importe que se ajustó positivamente, sobre el resultado contable del EP, en concepto de intereses de capitales ajenos no deducibles, a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre beneficios.

El contribuyente no se mostró conforme con la propuesta de las autoridades fiscales, por lo que puso en marcha el mecanismo de recursos.

La primera Resolución al respecto, fue la del Tribunal de Justicia de Amsterdam – *Court of Justice of Amsterdam*- de fecha 25 de febrero de 2004<sup>354</sup>, que a la demanda del contribuyente se pronunció sobre los siguientes aspectos:

- Principio de empresa separada del EP, respecto de su CC.
- Decreto de 7 de mayo de 1930.

---

<sup>353</sup> En el caso de que hubiera habido pérdidas acumuladas procedentes de ejercicios anteriores, se deberían considerar todas las pérdidas.

<sup>354</sup> Ver “*Attribution of profit to Permanent Establishment of a Bank*”, de Anuschka J. Bakker en ITPJ, marzo/abril 2005, páginas 56 y siguientes, artículo en el que se comenta este tema.

- Segunda Directiva Bancaria y Directiva de Servicios Bancarios.
- Método usado para atribuir “capital libre” al EP, para verificar si el mismo era o no contrario al artículo 43 del Tratado de la Unión Europea.

A su vez, todos ellos se analizaron de la siguiente manera:

- Principio de empresa separada del EP, respecto de su CC.

El Tribunal para desarrollar esta cuestión se basó en el artículo 7.2 del Convenio para evitar la doble imposición entre Bélgica y Holanda, y más concretamente en el Comentario 18.3 a dicho artículo contenido en el Modelo OCDE<sup>355</sup> vigente en aquel momento, el cual aludía a la necesidad de que el EP tuviera una “estructura adecuada de capital”.

El Tribunal alineado con la ficción de considerar al EP como empresa separada y siguiendo la filosofía del Comentario 19 al artículo 7, estimó que no suponía problema alguno admitir la deducción de intereses en sede del EP pagados a su CC, por préstamos internos, cuya naturaleza fuera de anticipos o conceptos similares –siempre naturalmente que se hubieran otorgado por concepto distinto a la dotación de capital<sup>356</sup>- o por préstamos obtenidos por la CC de terceros, siempre y cuando los préstamos de terceros se obtuviesen en beneficio del EP y estuviesen conectados con las actividades realizadas por el EP<sup>357</sup>.

En este contexto, el Tribunal consideró que la CC no tenía libertad para financiar a su EP únicamente con deudas, lo que sin duda es una manera de admitir que el EP debía de tener una cifra de “capital libre”, máxime cuando el Inspector puso de manifiesto que había una relación entre el capital de la CC y el capital del EP.

---

<sup>355</sup> Comentario 45 en la versión del Modelo OCDE de 2008.

<sup>356</sup> Véase además los Párrafos 77 y siguientes del Informe de la OCDE Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales de 1984 y el párrafo 138 de OCDE (2008) Parte I.

<sup>357</sup> El Tribunal en esta parte parece asumir el Comentario 19 al artículo 7 del Modelo OCDE, que podría dar lugar a la siguiente reflexión: Si partimos de una determinada cifra de capital –siempre superior a lo que venimos entendiendo como capital libre mínimo- pueden darse dos situaciones: 1) El capital libre se divide en proporción a los activos de cada una de las divisiones de la empresa, lo que significaría que todas ellas estarían capitalizadas en la misma forma. 2) Financiar con capital libre mínimo cada una de las divisiones, asignando el excedente del capital libre a la CC, la cual lo facilitaría a las divisiones de la empresa que mejor lo rentabilizaran, pues bien en este caso, la división que toma este dinero lo toma a título de préstamo y su retribución es deducible en sede de la misma o EP, de forma simétrica dicha retribución será ingreso tributable para la CC.

- Decretos de 7 de mayo de 1930 y de 3 de mayo de 1971.

El primer Decreto proporcionaba una guía para determinar que parte del capital de una entidad financiera se podía considerar como capital libre, pues bien, la defensa del contribuyente, de acuerdo con el contenido del mismo, argumentó que cuando las cuentas a cobrar son menores que los fondos tomados a préstamos en un Estado, se puede asumir que no existe cifra de “capital libre” en dicho Estado.

El Inspector, ante este argumento manifestó; 1) El Decreto de 7 de mayo de 1930, no estaba en vigor en la época en que se realizó la auditoría fiscal, dicha norma había sido sustituida por el Decreto de 3 de mayo de 1971 y 2) El contribuyente no probó su afirmación, en el sentido de que las cuentas a cobrar fueran inferiores a los fondos tomados a préstamo. Por el contrario, el Inspector afirmó que la cuantía de cuentas a cobrar excedía ampliamente la cifra de fondos tomados a préstamo, habida cuenta que los fondos tomados a préstamo eran 80.000.000 de Florines holandeses, mientras las cuentas a cobrar ascendían a 357.000.000 Florines holandeses.

A día de hoy, hubiera resultado muy interesante disponer de todos los datos del expediente, a los efectos de seguir de manera correcta la opinión del Inspector holandés; ahora bien, si nos centramos exclusivamente en los parámetros anteriores, “fondos tomados a préstamo” y “cuentas a cobrar”, suponiendo que estas fueran las únicas partidas del Balance del EP, es claro que se podrían dar las dos situaciones siguientes:

- a) El saldo de las “cuentas a cobrar” era inferior al saldo de los “fondos tomados a préstamo”. La partida que equilibra este balance es la “pérdida” del EP.
- b) El saldo de las “cuentas a cobrar” excedía del saldo de los “fondos tomados a préstamo”. En este caso, el equilibrio del balance se produce necesariamente por la cuenta representativa del “capital” del EP.



Es posible que el contribuyente aludiese a este planteamiento, pero no tenemos certeza de ello.

Finalmente, el Tribunal de Amsterdam concluyó diciendo que el contribuyente podía asumir la aplicación, en ese momento, del Decreto de 1930, no obstante aceptó los argumentos esgrimidos por el Inspector, ya que el contribuyente no había podido probar que el EP careciese de “capital libre”.

- Segunda Directiva Bancaria.

Ya hemos tenido ocasión de comentar que la Segunda Directiva Bancaria, 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000<sup>358</sup>, en aras de conseguir un mercado único bancario y de facilitar la realización de operaciones por parte de las entidades financieras en todos los Estados que forman la Unión Europea, ha previsto que el Estado receptor del EP no precisa autorizar al mismo para ejercer la actividad financiera en dicho Estado, ni le requiere dotación de capital<sup>359</sup>. Sin embargo, el Tribunal considera que la norma bancaria citada no se opone a las de carácter tributario, que, por el contrario, consideran, que el EP debe tener asignación de “capital libre”. Estas normas son, concretamente:

1. El artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos.

---

<sup>358</sup> Posteriormente la normativa comunitaria en el ámbito bancario se recogió en las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, las cuales han sido modificadas conforme lo demandaba la situación de crisis que atraviesa la economía en general y las entidades financieras en particular, ver en este sentido el Capítulo 2, apartado 2.5.2.2. “Normativa Comunitaria”. El 27 de junio de 2013, se publicaron la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE y el Reglamento UE 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento UE 648/2012; las derogaciones tienen eficacia desde 1 de enero de 2014, fecha en que se implantó a nivel de norma interna la Directiva y cuando entró en vigor el Reglamento. La transposición de la Directiva y del Reglamento a la norma interna se ha producido a través del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, de la Circular 2/2014, de 31 de enero, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento UE 575/2013 y de la Ley 10/2014, de 26 de junio.

<sup>359</sup> Las entidades financieras autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea, actúan en todo el territorio de la Unión Europea con una única licencia y pueden trabajar en todos los Estados a través de la figura de sucursal sin necesidad de dotación de capital.

2. El artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades holandés.
  3. El artículo 49 de la Ley del Impuesto sobre la Renta Personal holandés.
- El artículo 43 del Tratado de la Unión Europea.
- La empresa señaló que el EP de la entidad financiera era tratado de un modo menos favorable que una filial residente en Holanda, que por sus actividades, fuera comparable con el EP. Y ello porque las filiales bancarias constituidas en Holanda calculan sus requerimientos de capital mínimo según los estándares de la *Bis ratio* de Basilea II, lo cual implica que dichos requerimientos mínimos se sitúan en el 8%, en tanto que las autoridades fiscales han asignado capital al EP, de acuerdo con la *Bis ratio* del banco extranjero, que, en este caso, ya dijimos era el 10,20%, coeficiente a todas luces más alto que la *Bis ratio* de Basilea II. Este trato, en opinión de la entidad financiera, no parece que se acomode al principio de juego limpio o “*fair play*”.

El Tribunal finalmente se pronunció en el sentido de que el tratamiento dado por las autoridades fiscales al EP no violó el artículo 43 del Tratado de la Unión Europea, en base a los siguientes argumentos:

- 1) La sociedad no pudo probar que el EP no tuviera capital propio.
- 2) El Inspector pudo probar el vínculo existente entre el capital de la CC y el capital del EP.
- 3) El contribuyente ante la respuesta del Tribunal de Amsterdam apeló en la instancia superior, esto es, ante el Tribunal Superior de Holanda –*Supreme Court*–, que se pronunció el 25 de noviembre de 2005, en los términos que se relatan a continuación<sup>360</sup>:

La empresa de la que es parte el EP se considera el mejor comparable, a los efectos que aquí nos ocupan. Así pues, debe asignarse capital al EP, de manera que la “*ratio*” de solvencia del mismo sea, como mínimo, la misma “*ratio*” de la empresa considerada como un todo.

---

<sup>360</sup> Ver “*Attribution of profit to Permanent Establishment of a Bank*”, de Anuschka J. Bakker en ITPJ, marzo/abril 2006, páginas 74 y siguientes, artículo en el que se comenta esta Sentencia.

Ahora bien, es importante resaltar que Holanda cuando calcula la deducción por doble imposición en sede de una sociedad financiera holandesa, respecto de las rentas de fuente extranjera obtenidas a través de un EP, no permite aplicar la *Bis ratio* de la empresa holandesa, a los efectos de asignar “capital libre” al EP, por el contrario aplica la *Bis ratio* del Estado de la fuente. En otras palabras, las autoridades holandesas utilizan métodos diferentes para asignar “capital libre” a los EP de entidades holandesas ubicados en el extranjero y para asignar “capital libre” a los EP de entidades no residentes en Holanda, localizados en este Estado.

El principio que utilizó el Tribunal Superior para resolver este expediente fue: “cada activo debe estar financiado en algún grado con capital propio”. Por otra parte, como no existe una norma general para ligar los activos y los pasivos de las entidades bancarias, aquella parte involucrada en el expediente que sostenga que existe vínculo entre los activos y los pasivos de las entidades financieras debe probarlo. Si ello no se prueba, únicamente de manera indirecta es posible ligar los activos con su fuente de financiación y esta, no es otra que la que se deriva de la *Bis ratio* de la entidad financiera, que en definitiva fue el método empleado por la Inspección holandesa para capitalizar al EP y respaldado por el Tribunal de Justicia de Amsterdam.

#### 4.2.4. REINO UNIDO.

##### NORMATIVA.

##### a) Atribución de beneficios.

Las normas que dan cobertura a la atribución de beneficios a EP se introdujeron en el sistema británico en 2003 y las mismas incorporaron los principios destacados en el Informe OCDE (1984) *Three Taxation Issues*, concretamente dichas normas consideran el lugar donde tienen lugar las funciones relacionadas con los activos del EP, por ejemplo: “decisión de conceder el crédito”, “negociación y firma del contrato”, “anotación del préstamo”, “evaluación del riesgo de crédito”, “asunción del riesgo de crédito”, “administración y control del crédito”, “refinanciación del crédito”, etc., conceptos recogidos en el Párrafo 86 del Informe y también recogidos posteriormente en OCDE (2010) y (2008), de forma que si estas funciones se desarrollan íntegramente

por el EP, el crédito concedido se considera activo afecto al EP y todos los gastos e ingresos asociados al mismo se atribuyen al EP; cuando estas funciones se comparten con la CC, el margen financiero de las operaciones ha de distribuirse entre EP y CC, aplicando precios de transferencia.

Asimismo estas normas son consistentes con las propuestas de la OCDE<sup>361</sup>, esto es: parten del principio de considerar al EP como si fuera una empresa funcionalmente distinta y separada de su CC, y atribuyen beneficios teniendo en cuenta las actividades que se realizan para generar los activos financieros del EP, lo que conlleva, entre otras cuestiones, a asignar al EP una cifra de “capital propio” a efectos fiscales.

#### b) Atribución de capital libre.

Por lo que se refiere a esta cuestión, como se mencionó en el apartado a) anterior, Reino Unido verifica la capitalización de EP de entidades no residentes desde 2003<sup>362</sup>, aplicando el denominado en OCDE (2010) y (2008) método de “*Thin capitalization*” para atribuir “capital libre” a los EP, situados en su territorio<sup>363</sup>. No obstante, las autoridades fiscales británicas también se muestran partidarias de aceptar el método de “Imputación de capital” también señalado en OCDE (2010) y (2008).

Para llevar a cabo esta tarea, el sistema fiscal inglés modificó el artículo 11 de *ICTA* de 1988, adicionando un nuevo artículo, el artículo 11AA, que además de recoger el “principio de empresa separada”, especifica tres cuestiones en torno a la financiación, cuya verificación resulta absolutamente necesaria para determinar los beneficios de los EP en general:

- 1) Que la calificación crediticia del EP debe ser la misma que la que tiene la CC no residente.
- 2) Que el EP debe tener el mismo volumen de capital propio que tendría una entidad independiente.
- 3) Que su volumen de deudas no debe ser superior al que tendría una entidad independiente con la misma cifra de capital propio.

---

<sup>361</sup> Ver OCDE (2010), Párrafo 8, Part I y OCDE (2008), Párrafos 8, 9, 10 y 11 Part I.

<sup>362</sup> El periodo impositivo en Reino Unido transcurre de 6 de abril a 5 de abril.

<sup>363</sup> Ver Carta Tributaria 15/2002. “*Nueva fiscalidad para los Establecimientos Permanentes financieros en el Reino Unido*”, páginas 12-14, de Joan Hortalá Vallvé.

Esta filosofía trasladada al ámbito financiero, en el que la normativa bancaria exige niveles mínimos de capitalización, sin que sea obligatorio que dichos niveles se asignan con exactitud y de manera inequívoca a los activos localizados en un determinado territorio, lleva indudablemente a recalcular los intereses de deuda para mermer la deducción por este concepto en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre beneficios, o a presionar a las entidades financieras para que capitalicen a los EP de acuerdo con las funciones, los activos y los riesgos a ellos asignados.

Las autoridades fiscales de Reino Unido –*HMRV*- han publicado una guía detallando el método a seguir para realizar el denominado Ajuste Fiscal por Atribución de Capital –*Capital Attribution Tax Adjustment (CATA)*-. Este método considera que las fases a desarrollar para determinar las deducciones por intereses de capitales ajenos utilizados por el EP de una entidad financiera autorizada en el extranjero, son las siguientes:

- 1) Determinar los activos atribuibles al EP.

Aunque parezca una tarea sencilla, la experiencia nos demuestra que no es así. El activo puede localizarse en Reino Unido, pero las funciones que han de realizarse para administrar el Activo pueden estar repartidas en diferentes áreas geográficas. También puede suceder que el activo se encuentre afecto a una división de la entidad financiera y sus garantías cuelguen de otra situada en otro Estado.

- 2) Valorar los activos y los pasivos contingentes en función del riesgo asociado a los mismos.
- 3) Determinar la cuantía de recursos propios que tendría una entidad bancaria independiente para dar cobertura al volumen de activos del EP.
- 4) Determinar el volumen de recursos ajenos que tendría una hipotética entidad bancaria independiente, considerando los recursos propios.
- 5) Comparar los recursos ajenos reales del EP con los recursos ajenos de la entidad bancaria independiente, de forma que no se podrían deducir los intereses que correspondiesen al exceso de recursos ajenos teóricos o ideales.

En el modelo de declaración del Impuesto sobre beneficios de los EP se incluye el cálculo del capital libre y de la cifra de intereses a ajustar al resultado contable, en su caso. De hecho, se ha observado que los EP se capitalizan replicando la ratio de

solvencia de la entidad no residente, método de Imputación de capital, -tanto en lo que se refiere al capital libre, como a los pasivos que se utilizan como capital regulador- y a partir de este cálculo se dimensiona la cifra de intereses deducibles por el uso de capitales ajenos, con dos ajustes: uno, positivo, por la retribución del capital libre –no se admite su deducibilidad en el Impuesto sobre beneficios-, el segundo, negativo, por el sobretipo que la CC paga en el Estado de residencia sobre los instrumentos de pasivo utilizados para formar la *ratio* de solvencia de la entidad, respecto de los pasivos que no forman parte del capital regulador –se concede la deducibilidad en el Impuesto sobre beneficios del extratipo sobre la financiación de esta clase que se supone debe tener el EP<sup>364</sup>-.

Con anterioridad a la publicación del Modelo Convenio OCDE (2008), Reino Unido, como otros sistemas fiscales, no aceptaba el principio de simetría, cuando se trataba de practicar el ajuste bilateral, que da réplica al ajuste primario u original practicado al EP, a las CC autorizadas en este Estado, de ahí que se originasen problemas de doble imposición en aquellos casos en que el Estado de situación del EP, utilizara para atribuir “capital libre” a sus EP, un método diferente al usado por Reino Unido. Sin embargo, no se han registrado Observaciones al Comentario 48 –recoge el principio de simetría- al artículo 7 en la versión aludida, ni a los Comentarios al nuevo artículo 7 incorporado en la versión del Modelo Convenio (2010), artículo que exige con carácter obligatorio, ante ajustes por este motivo, eliminar la doble imposición.

#### 4.2.5. BELGICA.

##### NORMATIVA.

##### a) Atribución de beneficios.

El sistema fiscal de Bélgica carece de legislación específica que conecte con la atribución de beneficios a EP; no obstante, milita en la postura de que debe tratarse a los EP como si fueran una entidad funcionalmente distinta y separada de su CC, tal y como predica el artículo 7 del Modelo OCDE. De acuerdo con este principio, se atribuyen beneficios al EP teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por su personal y asimismo la naturaleza de los riesgos contraídos.

---

<sup>364</sup> La retribución corriente del pasivo afecto al EP ya se ha deducido en la declaración del Impuesto, al formar parte del resultado contable del EP.

b) Atribución de capital libre.

La posición reseñada en el párrafo anterior conduciría a atribuir una cifra de “capital libre” al EP, sin embargo en Bélgica no existen normas, ni guías oficiales, ni jurisprudencia en este sentido. No obstante las autoridades fiscales se muestran de acuerdo con el contenido del Informe OCDE (2010) y (2008), de ahí que las fórmulas de atribución de capital contenidas en el mismo pueden admitirse en Bélgica.

Hasta aquí, nada nuevo en relación a lo dicho con respecto a otros sistemas fiscales, sin embargo, como la atribución de beneficios al EP se realiza con arreglo al artículo 7 del Convenio que corresponda aplicar y la deducción de gastos/tributación de ingresos con arreglo a la norma interna, el sistema belga presenta un hecho diferencial de capital importancia respecto de los sistemas fiscales de su entorno, anteriormente aludidos, como es la deducibilidad fiscal de la retribución de los capitales propios. Comúnmente, la retribución de los capitales propios, bien sean de entidades o de EP, no cualifican como gasto fiscalmente deducible; antes bien, la retribución de los capitales propios se considera una distribución de beneficios y como tal forma parte del resultado contable – punto de arranque en la determinación de la base imponible- y por tanto de la propia base imponible, pero en ningún momento minora la base imponible de la sociedad o del EP.

Pues bien, las normas fiscales belgas, a partir del ejercicio fiscal 2007 –ejercicio 2006 y siguientes- permiten que las sociedades residentes en Bélgica y asimismo los EP de entidades no residentes ubicados en Bélgica puedan reclamar una deducción del Impuesto sobre beneficios del interés teórico o nocional que refleje el coste económico del uso del capital propio<sup>365</sup>. Dicho interés es igual al coste de la financiación a largo

---

<sup>365</sup> El objetivo es que las fuentes de financiación utilizadas por las entidades sean neutrales respecto del Impuesto sobre Beneficios a pagar y desaparezca el incentivo a utilizar recursos ajenos frente a recursos propios. Sobre este particular, ver J. Mirrlees (2013), página 483, apartado 18.3 “*El sistema ACE (Deducción por fondos propios; Allowance for corporate equity) en un contexto internacional*”, donde se analiza la posibilidad y los efectos de introducir esta medida en el Impuesto sobre Beneficios de los Estados. También permiten la deducibilidad del coste de oportunidad de los capitales propios, en determinadas condiciones, Suiza, Italia, Croacia y Portugal; lo que puede desembocar en que, al menos una parte de los dividendos distribuidos por sociedades que se han beneficiado de esta medida no hayan sido objeto de tributación por el Impuesto sobre Beneficios en fuente, de ahí que deba estudiarse como armonizar esta no tributación con la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos, tanto a nivel interno como internacional. La Directiva 2014/86/UE, del Consejo, de 8 de julio, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, se ocupa de esta cuestión: los Estados de la matriz “*se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la*

plazo y libre de riesgo, esto es el tipo de interés de las obligaciones del Estado belga con vencimiento a 10 años. A su vez el tipo de interés será diferente, en función de la dimensión de la empresa. Los tipos de interés aplicados a los efectos de calcular la retribución teórica de los capitales propios, han sido los siguientes:

|                      | 2007   | 2008   | 2009 | 2010 | 2011   | 2012   | 2013 | 2014   |
|----------------------|--------|--------|------|------|--------|--------|------|--------|
| Empresas:            | 3,442% | 4,473% | 4,4% | 3,8% | 3,425% | 3,425% | 3%   | 2,742% |
| ERD <sup>366</sup> : | 3,942% | 4,497% | 4,9% | 4,3% | 3,925% | 3,925% | 3,5% | 3,242% |

En aquellos casos en que la base imponible del EP fuese insuficiente para absorber este componente negativo, dicho componente, hasta el ejercicio 2012 inclusive, podía aprovecharse durante los 7 ejercicios siguientes. A partir de 2013, ya no se puede llevar la deducción a futuro<sup>367</sup>.

Este tratamiento diferencial de los intereses que se supone retribuyen el capital propio, de alguna manera, puede acarrear las siguientes consecuencias:

a) De una parte, atraer la localización de EP dotados de una cifra de “capital libre” suficiente a este Estado, dada la rebaja en la factura fiscal del Impuesto sobre beneficios belga que supone la deducibilidad de la retribución de los capitales propios en dicho Impuesto. Pero como la renta del EP se contempla no solo en el Estado de la fuente, sino también en el Estado de residencia, en la medida en que en este último Estado la norma fiscal no permita, como suele ser lo más común, la deducibilidad de la retribución de los capitales propios, a la hora de determinar la base imponible del Impuesto sobre beneficios, es claro que la cuantía de renta respecto de la que se va a eliminar la doble imposición en residencia será diferente y superior a la cuantía de renta sometida a tributación en el Estado de la fuente<sup>368</sup>; ello aún cuando los dos Estados utilicen el mismo método para atribuir “capital libre” al EP.

---

*filial y gravaran dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial”, nuevo texto del artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2011/96/UE. Los Estados miembros deberán adoptar su norma interna, como muy tarde, a 31 de diciembre de 2015. Esta medida ya se recoge en el artículo 21.1 de la Ley 27/2014.*

<sup>366</sup> Empresas de reducida dimensión.

<sup>367</sup> La base de cálculo de la deducción está sujeta a ciertos ajustes, en cuanto al traslado a futuro de la deducción, también está afectada por límites. Para mayor detalle, véase [www.investinbrussels.com](http://www.investinbrussels.com)

<sup>368</sup> Cuando el método utilizado para eliminar la doble imposición sea el de exención.



b) De otra parte, las autoridades fiscales pueden mostrarse poco propicias a capitalizar razonablemente los EP de entidades extranjeras, dada la rebaja de recaudación en Bélgica que este hecho podría provocar<sup>369</sup>.

Esta medida ya ha motivado un pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, con motivo de no aplicarse a las entidades residentes en Bélgica por la financiación con capitales propios de los activos de un EP de las mismas situados en otros Estados miembros, cuando la renta de dicho EP está exenta en Bélgica. La Sentencia de 4 de julio de 2013, C -350/11, declara la medida discriminatoria, al considerar que el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la comentada

En un escenario como el descrito el contribuyente habrá logrado minimizar la factura fiscal en los dos Estados, siempre y cuando se aplique en residencia, a los efectos de eliminar la doble imposición, método de exención, como veremos a continuación<sup>370</sup>:

| ESTADO / 2014          | Fuente     | Residencia |
|------------------------|------------|------------|
| Resultado contable     | 4.000 €    | 4.000 €    |
| Interés Capital Propio |            |            |
| 3% s/ 1000             | 300 €      |            |
| Renta EP               | 3.700 €    | 4.000 €    |
| Tipo de gravamen       | 33,99%     |            |
| Cuota a ingresar       | 1.257,63 € |            |

Mientras que en el Estado de la fuente, la renta sujeta a impuesto es de 3.700 €, en el Estado de residencia, la renta respecto de la que se tiene que eliminar la doble imposición sería de 4.000 €. La disfunción comentada no tendría mayores consecuencias si se aplicara método de imputación, ya que con este método la deducción en residencia está topada por el impuesto pagado en fuente.

---

<sup>369</sup> En el Protocolo del Convenio entre Bélgica y Estados Unidos se contemplan reglas específicas para atribuir capital a entidades financieras y de seguros.

<sup>370</sup> Para simplificar, suponemos que el EP está correctamente capitalizado y por el mismo importe, 1.000 € tanto en fuente, como en residencia.

Si en el escenario comentado se procediese a la distribución de dividendos, es muy posible que una parte de los beneficios de los que procediesen dichos dividendos hubiese sido deducible en el Impuesto sobre Beneficios de la filial, pues bien una vez entre en vigor la Directiva 2014/UE, del Consejo, de 8 de junio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes –siempre que fuese aplicable al caso-, los dividendos que procedan de beneficios que hubiesen sido deducibles en la filial, deberán gravarse en sede de la matriz.

#### 4.2.6. PORTUGAL. NORMATIVA.

##### a) Atribución de beneficios.

En principio, las normas portuguesas referidas a la atribución de beneficios a EP se ceñían exclusivamente a los EP localizados en el Centro de Negocios Internacional de Madeira. Las citadas normas se inspiraban en el principio de “empresa funcionalmente separada”.

##### b) Atribución de capital libre.

En cuanto a la atribución de “capital libre”, este ejercicio se realizaba únicamente respecto de los EP de entidades financieras no comunitarias, considerando que las mismas deberían tener un capital apropiado para realizar sus operaciones, y así, se asignaba capital libre al EP, de acuerdo con el mínimo regulador establecido en las normas bancarias.

Sin embargo, a partir de la publicación del Informe OCDE (2006), se produjo un cambio de actitud por parte de las autoridades fiscales portuguesas que se manifestó en la tendencia a atribuir “capital libre” a los EP de entidades financieras autorizadas tanto en Estados terceros, como en Estados miembros de la Unión Europea, aplicando los métodos autorizados y el alternativo de protección recogidos tanto en OCDE (2006) como en OCDE (2008) y en OCDE (2010).

Se señala que Portugal ha formulado observaciones al Comentario 48 del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) por el que se consagra el principio de

simetría, al no aceptar su aplicación inmediata, sino en el contexto de un procedimiento amistoso.

## ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como indicábamos en el apartado b) anterior, con base en el Informe OCDE (2006), las autoridades fiscales portuguesas en sus actuaciones de comprobación atribuyen una cifra de “capital libre” a los EP de entidades extranjeras ubicados en este Estado. Para realizar este ejercicio, la Inspección portuguesa parte de la situación consolidada CC / EP a nivel de activos y a nivel de capital propio y a continuación ejecuta un reparto proporcional, método de “Atribución de Capital”, tal y como se describe a continuación.

Primer caso.- Se refiere al EP de una entidad financiera autorizada en España – para mayor concreción, una Caja de Ahorros-, ciñéndose la actuación de la Administración fiscal portuguesa a la comprobación del Impuesto sobre beneficios, periodo impositivo 2006, cuyos resultados se comunicaron al contribuyente el 26 de noviembre de 2008<sup>371</sup>. En dicha actuación se observaron los siguientes pasos:

### 1) Determinación de la *ratio* de financiación de la entidad financiera.

|  |                  |
|--|------------------|
| Activos Totales <sup>372</sup> de la entidad financiera  | 41.320.905.000 € |
| Recursos Propios Totales de la entidad financiera        | 1.551.499.000 €  |
| Proporción de los Recursos propios sobre el total Activo | 3,80%            |

### 2) Determinación de la cifra de “capital libre”.

|  |               |
|--|---------------|
| Activos del EP situado en Portugal                         | 688.089.000 € |
| Montante de Recursos propios necesarios para financiar los |               |
| Activos del EP   |               |

---

<sup>371</sup> El Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta entre Portugal y España, y protocolo de fecha 26 de octubre de 1993, permite la aplicación de la norma interna de subcapitalización, según el número 4 de su Protocolo, referido al artículo 24 del Convenio.

<sup>372</sup> Los activos se computaron según su valor en libros, sin considerar los riesgos asociados a los mismos. Tampoco se computaron las partidas anotadas fuera de balance.

|   |                |
|---|----------------|
| 688.089.000 euros x 0,038                           | 25.836.060 €   |
| Recursos Propios anotados en la contabilidad del EP | - 16.300.000 € |
| Insuficiencia de Recursos Propios                   | 42.136.060 €   |

Como los recursos propios anotados en los libros del EP presentaban signo negativo, es claro que las necesidades de recursos propios que requiere el EP para financiar sus activos superan la cifra teórica de “capital libre” que surge de la distribución que hemos recogido en líneas anteriores.

### 3) Cálculo del gasto por intereses de capitales ajenos no deducibles.

Tal y como se vio en el apartado 4.2.3., EP situado en Holanda, cuya CC estaba autorizada en Bélgica, igualmente en este caso, una vez cuantificada la cifra de “capital libre”, el siguiente paso consistió en determinar la cifra de intereses por el uso de capitales ajenos que podría deducir el EP, cifra que necesariamente había de ser inferior a la originalmente computada por este. Aplicando el tipo medio de interés pagado por el EP por el uso de capitales ajenos durante el ejercicio que fue el 2,68 % a la cifra de 42.136.060 euros –cifra en la que la administración portuguesa situó las necesidades de “capital libre”-, se obtuvo la cantidad en la que debían minorarse los intereses deducidos fiscalmente por el EP por este concepto.

$$42.136.060 \text{ euros} \times 0,0268 = 1.129.246 \text{ euros}$$

Si no se hiciera esta corrección al resultado contable, es claro que el resultado económico y fiscal del EP estaría infradimensionado, lo cual significa, que no se habría respetado el “principio de plena competencia” a la hora de atribuir beneficios al EP, y por este motivo, el cálculo del Impuesto sobre beneficios que correspondería pagar al EP en Portugal, no se correspondería con el valor añadido por el EP, a través de la actividad desarrollada en este territorio, con los medios personales y materiales que la CC ha puesto a su disposición para ello.

Los argumentos de la administración fiscal portuguesa para realizar este ajuste se basaron en el principio de “plena competencia” recogido en el artículo 58.1 del IRC –Impuesto sobre Sociedades- que dispone *que todas las operaciones incluidas las*

*operaciones financieras realizadas entre una sociedad sujeta al IRC y cualquier otra entidad, sujeta o no al IRC, con la que se den relaciones de vinculación, deben contratarse a precios de “plena competencia”* y asimismo en el artículo 9.1 del Modelo OCDE, cuyo texto también se hace eco de este mismo principio y en el artículo 9.1 “Empresas Asociadas” del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Portugal.

Por el contrario, la representación del EP no se mostró de acuerdo con la propuesta, por entender que las cuestiones relativas a la capitalización de los EP eran una materia relativamente reciente que había visto la luz prácticamente a raíz de la publicación del Informe sobre Atribución de Beneficios a EP, de la OCDE el 18 de diciembre de 2006. De ahí, que dicha representación considerase que en tanto los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE no recogieran los estudios vertidos en el Informe, no se podrían aplicar los métodos de capitalización propuestos en OCDE (2006) a los EP<sup>373</sup>, por lo que inició todos los recursos a su alcance en Portugal.

Al mismo tiempo, la entidad financiera inició un “Procedimiento Amistoso” ante las autoridades fiscales españolas, con base en el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, de 23 de julio de 1990. Dicho procedimiento se inició en junio de 2011 y la instrucción del mismo se centró en determinar la cuantía de la renta generada por el EP en Portugal respecto de la que se debía evitar la doble imposición en España, determinando el gasto por intereses deducibles, una vez distribuido el total capital de la entidad entre el EP y la CC, asignando al EP el nivel mínimo de capital, tal y como se deduce de la normativa bancaria española, tomando como referente los activos y pasivos contingentes ponderados en función del riesgo. Las autoridades fiscales de España y Portugal, a día de hoy, continúan intercambiando opiniones respecto de este procedimiento.

Por otra parte, se tiene constancia de que la Administración fiscal portuguesa ha capitalizado este mismo EP para los ejercicios 2007 y 2008, siguiendo el criterio expuesto.

---

<sup>373</sup> Esta labor se llevó a término en la versión de los Comentarios al Modelo OCDE, publicada en julio de 2008. Posteriormente, el 17 de julio de 2010, se publicó una nueva versión del Modelo Convenio OCDE, modificando el artículo 7 y sus Comentarios y una nueva versión del Informe de Atribución de Beneficios a EP para armonizar su contenido con el nuevo texto del artículo 7.

Segundo caso.- La Administración portuguesa ha capitalizado el EP ubicado en Portugal de una sociedad de crédito al consumo residente en España, en los ejercicios 2007, 2008 y 2009, utilizando los mismos argumentos de que se sirvió para capitalizar el EP de la entidad financiera a la que nos referimos en las líneas anteriores.

Igualmente la regularización propuesta no fue aceptada por la representación del EP, que inició las vías de recurso pertinentes en Portugal y más tarde, el 8 de agosto de 2013, la entidad solicitó de las Autoridades españolas la eliminación de la doble imposición mediante procedimiento amistoso.

#### **4.3. ESTADOS TERCEROS.**

A continuación, hacemos un repaso de uno de los casos de atribución de capital libre a EP más sonado, sucedido en Estados Unidos, para terminar con una breve referencia a las normas fiscales sobre atribución de beneficios y de capital libre a EP, vigentes en Canadá.

##### **4.3.1. ESTADOS UNIDOS.**

###### **NORMATIVA.**

###### **a) Atribución de beneficios.**

En estos momentos el *Internal Revenue Service –IRS-* centra sus actuaciones en esta materia por la vía de revisar la asignación de ingresos y gastos a los EP. Hasta el ejercicio 2002, las autoridades fiscales consideraron que la atribución de gastos de la CC al EP debía estudiarse dentro de los programas de Acuerdos Previos de Valoración, pero a partir de aquella fecha, las autoridades abandonaron los programas de APAs y decidieron que estas cuestiones se podían resolver de forma más acertada a través de la figura del “*pre filing agreement programme*”, también tramitada ante el *IRS*. Es de destacar que para realizar este ejercicio no se tienen en cuenta las operaciones *inter*

*branch*, en el bien entendido de que al producirse en el seno de la misma persona jurídica no generan obligaciones<sup>374</sup>.

b) Atribución de capital libre.

La atribución de “capital libre” y su consecuencia, esto es la deducción de gastos por intereses de capitales ajenos en el Impuesto sobre beneficios, se regula en la legislación interna para los EP cuya CC se encuentra en un Estado convenido, en la Sección 1882-5 del Código de Impuestos Americano (*Internal Revenue Code*). Dicha Sección 1882-5, determina los gastos por intereses que puede deducir un EP de una entidad no residente, situado en Estados Unidos, que se justifican sobre la base de que los EP de entidades no residentes deben tener una dotación ideal de capital o recursos propios, en línea con la proporción a nivel mundial que para la sociedad se da entre recursos propios totales y activos mundiales.

De esta forma, los activos del EP se financian de igual manera que los activos de la entidad considerada desde un enfoque global, esto es, en parte con recursos propios y en parte con recursos ajenos, en la proporción indicada y de acuerdo con este principio se imputan gastos por intereses de capitales ajenos al EP, prescindiendo de las anotaciones en libros en concepto de capital, de recursos ajenos y de gastos por intereses.

Para determinar los intereses por el uso de capitales ajenos, deducibles en el Impuesto sobre beneficios en Estados Unidos, de acuerdo con la Sección 1882-5, han de seguirse los siguientes pasos:

1º Paso. Determinación de los activos que generan renta en Estados Unidos.

Estos activos se determinan de acuerdo con las normas del Impuesto sobre beneficios, las cuales son muy rigurosas, incluso existen normas antiabuso que impiden que el EP pueda incrementar artificialmente sus activos en Estados Unidos; de hecho

---

<sup>374</sup> Esto es así a nivel consolidado CC/EP, pero en la medida en que CC y EP estén situados en jurisdicciones fiscales diferentes, prescindir de estas operaciones puede conducir a un reparto inexacto de los ingresos tributarios en cada jurisdicción.

cualquier transacción entre diferentes EP de una misma sociedad no residente en Estados Unidos no puede crear activos en este país, como se reseñó en el apartado a) anterior “Atribución de beneficios”. Este proceder puede distorsionar la renta fiscal del EP, por cuanto en entidades financieras es muy común acceder a fuentes diversas para obtener recursos, y el hecho de acudir a una fuente vinculada, todos los EP de una CC lo son respecto de la CC y de cualquiera de los otros EP, no descalifica la operación, en tanto se califique correctamente la naturaleza de la financiación que se recibe y en su caso que los intereses pactados se hayan fijado con criterios de mercado.

Este cálculo se realiza para el año fiscal y el valor de los activos se lleva a su estado medio<sup>375</sup>.

2º Paso. Determinación de las obligaciones conectadas a activos que generan renta en Estados Unidos.

De acuerdo con el principio de fungibilidad, se considera que los activos que generan renta en Estados Unidos están financiados por recursos ajenos y recursos propios en la misma proporción que la *ratio* “Pasivo / Capital de la sociedad en su conjunto”.

Así se calcula la ratio real de financiación ajena que viene dada por la relación:

Obligaciones Mundiales / Activos Mundiales.

Los EP bancarios pueden sustituir la ratio real por la ratio fija del 95 por 100 - denominado *safe harbour*-, lo que significa que los activos que generan renta en Estados Unidos han de financiarse en un 95 por 100 con recursos ajenos y en un 5 por 100 con recursos propios<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> Para realizar este cálculo se toman los activos contables sin aplicar coeficientes de ponderación de riesgos.

<sup>376</sup> Estos porcentajes se aplican a partir de la modificación operada en la Sección 1882-5 en el ejercicio 2005 a través de la Notice 2005-53, la cual se llevó a cabo para acompasar la norma interna a los tratados para eliminar la doble imposición firmados con Japón y con Reino Unido, aplicándose por primera vez a las declaraciones correspondientes a 2005. Con anterioridad a esta fecha los porcentajes eran del 93% y del 7%, la menor exigencia normativa de capital puede arrastrar a la aplicación del Impuesto Adicional, sobre Intereses. Se recuerda que la ratio de recursos propios mínimos según el Acuerdo de Basilea II era el 8 por 100, porcentaje que se aplicaba sobre el volumen de activos y pasivos contingentes ponderados



3º Paso. Determinación de los intereses de capitales ajenos deducibles en sede del EP.

Se compara el volumen medio de obligaciones conectadas a activos durante el año fiscal –teniendo en cuenta que dichas obligaciones tienen como tope máximo el 95% o la ratio real del volumen de los activos- con la media total de obligaciones anotadas en libros del EP en Estados Unidos. Ello nos puede conducir a las tres situaciones que se describen a continuación:

a) La media de obligaciones contabilizadas es igual a las obligaciones conectadas a activos.

Esta sería la situación ideal. Todos los gastos por intereses de capitales ajenos anotados en libros, serían fiscalmente deducibles.

b) La media de obligaciones contabilizadas es superior a las obligaciones conectadas a activos

En este caso el EP está subcapitalizado, lo que quiere decir que dicho EP ha debido recurrir para financiarse a fuentes ajenas en mayor medida que si estuviera adecuadamente capitalizado. Ello explica que en contabilidad aparezca anotada una cifra de gastos por intereses superior a la que correspondería si la dotación de capital estuviera correctamente ajustada a su volumen de activos. En consecuencia, solo procedería deducir los gastos por intereses satisfechos por un volumen de financiación ajena que se corresponda con el 95% del volumen de activos, habida cuenta que la cifra teórica de capital debe ser como mínimo el 5% sobre el volumen de activos. Por tanto procedería practicar un ajuste positivo sobre el resultado contable del EP por la diferencia entre la cifra de intereses

---

en función de su riesgo, lo cual si se compara con las exigencias de EEUU que se calculaban sobre valores en Balance, se observa que eran mayores en este Estado que las exigidas en Basilea II, quizá este también fuera un motivo de la modificación a que nos referimos.

contabilizada y la calculada considerando el volumen teórico de recursos propios.

El cálculo de los intereses por capitales ajenos deducibles, implica la realización de las siguientes operaciones:

b.1) Determinación del coste medio de la financiación de terceros.

Intereses pagados a terceros  
Obligaciones anotadas en libros del EP  
(a nivel medio)

Como indicábamos en líneas anteriores, para hacer este cálculo no se toman en cuenta los préstamos, ni las operaciones interbranch, habida cuenta que los mismos no llevan a la creación de obligaciones.

b.2) Determinación de los recursos ajenos, cuya retribución generaría gasto deducible por intereses.

$95 \% \text{ s/ Volumen de Activos (llevado a su estado medio) } = \text{Cuantía máxima de recursos ajenos, cuya retribución genera gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre beneficios en Estados Unidos o recursos ajenos teóricos.}$

b.3) Intereses deducibles.

$\text{Coste medio de los Recursos Ajenos} \times \text{Recursos Ajenos teóricos o } 95\% \text{ s/Volumen de Activos.}$

Todas las magnitudes se llevan a su estado medio.

c) La media de obligaciones contabilizadas es inferior a las obligaciones conectadas a activos

Esta situación del EP es la opuesta a la anteriormente descrita en la letra b), esto es, el EP tiene asignada contablemente una dotación de capital superior a la que necesitaría para financiar adecuadamente sus activos, lo que es indicativo de que estamos en una situación de estructura de EP supercapitalizada.

En estos casos, la Sección 1882-5 del Código de Impuestos Americano, siguiendo el criterio anteriormente expuesto, permite deducir, para determinar la base imponible de los EP, una cifra en concepto de gasto por intereses de capitales ajenos superior a la cifra contabilizada.

Si se analiza el método anteriormente descrito, puede comprobarse que el mismo no está tan alejado de las propuestas de atribución de capital contenidas en OCDE (2010) y (2008), aunque hemos de decir que en nuestra opinión el método más acertado para atribuir capital a un EP es aquel que de alguna manera tiene en cuenta los riesgos que asume el EP en sus operaciones; ya ha habido oportunidad de indicar en el Capítulo 2 que los riesgos asumidos por el EP no tienen porqué ser coincidentes con los de su CC y cuando se asigna capital sin tener en cuenta este importante parámetro, es muy posible que la distribución de recursos propios entre las diferentes unidades, CC y EP de una entidad financiera dibuje una estructura de balance, respecto de cada unidad, muy alejada de los perfiles de lo que sería una estructura de mercado. No obstante, la aplicación de la norma interna “*safe harbour*” se identifica con un planteamiento prudente que puede calificarse como muy positivo.

El sistema fiscal estadounidense regula en detalle, a nivel de norma interna, la atribución de beneficios y la atribución de “capital libre” a los EP de empresas extranjeras allí situados. Sin embargo, aunque estas normas difieren ligeramente de las propuestas marco incluidas en OCDE (2010) y (2008), particularmente, las que se refieren a la atribución de “capital libre” –modalidad *ratio* fija-, se ha observado, que las autoridades estadounidenses cuando se han enfrentado a EP de entidades residentes en Estados convenidos, han aplicado normas OCDE<sup>377</sup>, máxime en aquellos casos en los que en las explicaciones técnicas que acompañan a los Convenios firmados por EEUU se aludía expresamente a la manera en que había de capitalizarse el EP, concretamente

---

<sup>377</sup> Se recuerda que EEUU tiene su propio Modelo de Convenio, que sigue cuando negocia con otros Estados. Dicho Modelo presenta ciertas diferencias con el Modelo OCDE.

Convenios suscritos con Reino Unido, Japón, Bélgica, entre otros. No obstante, se indica que Estados Unidos ha formulado observaciones al Comentario 45 al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) que alude a la aplicación del principio de simetría, manifestando su intención de aplicarle solamente en el seno de un procedimiento amistoso, pero en ningún caso de forma automática.

En la actuación de las Autoridades han pesado de manera significativa las decisiones de los Tribunales norteamericanos vertidas en las correspondientes sentencias, tema del que nos ocupamos en el apartado siguiente.

#### ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN. TRIBUNALES.

Uno de los casos más destacados ha sido el relativo a *National Westminster Bank Plc v. United States*, 44 FEd. Cl. 120 (1999)<sup>378</sup>, en que las autoridades fiscales norteamericanas trataron de aplicar al EP en Estados Unidos del banco británico mencionado la norma 1882-5 sobre deducción de gasto por intereses en sede del EP, anteriormente comentada, desencadenando inmediatamente la discusión de si tal norma interna era contraria al texto del artículo 7 del Convenio entre Estados Unidos y Reino Unido, de 1975, que consideraba al EP como si se tratase de una entidad separada de su CC.

Este contencioso ha recorrido un largo trayecto, desde su inicio en el año 1999 hasta su finalización en el año 2008, trayecto que ha abarcado diferentes etapas, según el Tribunal ante el que se presentaron los sucesivos recursos, a ellas nos referiremos, seguidamente, de manera breve:

- *NatWest I*. En esta primera etapa, la Administración consideró que la fórmula contenida en la Norma 1882-5 para imputar gasto por intereses al EP suponía tratar al EP como si fuera una entidad separada y en base a ello se ajustaban los beneficios registrados en libros del EP en Estados Unidos, de acuerdo con los Comentarios al Modelo OCDE (1963) y solamente en la medida necesaria para imputar al EP una cifra

---

<sup>378</sup> Ver el artículo “*Interpreting Tax Treaties After Natwest*”, de William W. Chip, Esq. Tax Management International Journal. Volumen 37, No 6, 06/13/2008.

de capital adecuada y una cifra de gasto por intereses de libre competencia. La Administración mantuvo que si realmente se consideraba al EP como una empresa separada de su CC, ello pasaba por requerir que dicho EP estuviese capitalizado de manera adecuada, además el mismo debería prestar y tomar dinero a préstamo recibiendo y pagando intereses de plena competencia.

En este escenario, el Tribunal no se planteó si la *ratio* de capital asignada al EP era adecuada o si los intereses pagados a su CC por la financiación recibida eran de mercado. El Tribunal manifestó que la asignación de intereses al EP, de acuerdo con la fórmula contenida en la Norma 1882-5, que no tomaba en cuenta las transacciones *interbranch*, suponía tratar al EP de una entidad extranjera como “una unidad de una empresa mundial”, pero no, como una entidad separada y por tanto no podía utilizarse dicha norma para atribuir beneficios al EP amparándose en el artículo 7.2 del Convenio Estados Unidos / Reino Unido, habida cuenta que esta fórmula era inconsistente con el principio de “empresa separada” contenido en el artículo citado, considerando los Comentarios al Modelo OCDE (1963).

Por ello, dichos gastos debían cuantificarse a partir de las anotaciones de los libros del EP y no en base a considerar al EP como “una unidad de una empresa mundial”, de forma que los préstamos intragrupo y los intereses derivados de los mismos debían ser analizados y, en su caso ajustados, en la medida necesaria para imputar al EP una cifra adecuada de capital y asimismo para asegurar que los intereses deducidos por estos préstamos, lo fueran a tipos de mercado. De esta manera, en la medida en que las necesidades de capital se incrementasen, era necesario recalificar una porción de deudas como capital, lo que desencadenaba la reducción de gastos por intereses.

- *NatWest II*. En esta etapa, la Administración, a la vista del resultado de *NatWest I* abandonó la norma 1882-5, y se planteó verificar si el capital del EP era el “adecuado” para satisfacer sus actividades basándose en la ratio deudas/activos de entidades bancarias estadounidenses independientes, esto es, consideró que debía aplicarse al EP la denominada “*corporate yardstick approach*” que era la cláusula que se aplicaba a las entidades financieras estadounidenses.

El Tribunal rechazó esta propuesta por considerar que el artículo 7 del Tratado no permitía la aplicación de dicha cláusula. Su posición se decantó por la vía de considerar que las deudas del EP con su CC solo podían tratarse como capital cuando la inyección de efectivo hubiese tomado la forma de capital, con independencia de cual hubiese sido su tratamiento contable en libros del EP.

Aún el Tribunal llegó más lejos al interpretar que el artículo 7 del Convenio decía “que se tratara al EP como una empresa distinta y separada” para determinar la renta gravable en EEUU, pero no a efectos de su capitalización desde la perspectiva de normativa bancaria, y al hilo de este planteamiento trató de analizar la intención de las partes –Reino Unido y Estados Unidos- cuando ambas suscribieron el Convenio. Con arreglo a este criterio solo permitió corregir intereses en los casos en que la financiación recibida se había etiquetado como anticipos no reintegrables o capital y anotado en los libros y registros del EP en consecuencia o cuando dicha financiación se hubiese utilizado para financiar estructuras de capital y cuando los tipos de los intereses cargados al EP no se habían fijado de acuerdo con el principio de libre competencia.

No obstante lo anterior, la Administración basándose en “comparables no controlados” declaró que el EP en Estados Unidos estaba operando con una cifra de capital inferior a la que se habría exigido a una entidad independiente.

Una vez fallado el caso *NatWest II*, la Administración continuó dando vueltas a la fórmula para atribuir capital adicional al EP, por lo que solicitó reabrir el caso; la alternativa teórica se basaba en que la CC en Londres fuese requerida a efectos regulatorios para mantener un capital adicional que diera cobertura a la actividad desarrollada por su EP en Estados Unidos. El IRS pretendía que ese capital adicional se atribuyese al EP, con independencia de que el mismo estuviese inscrito en los libros del banco a título global.

- *NatWest III*. En *NatWest III* la conclusión a la que llegó el Tribunal fue que las contabilidades de los seis EP situados en Estados Unidos debían agregarse y analizarse como si se tratara de la contabilidad de un único EP. A la revisión de los libros del EP estadounidense no hubo nada que objetar, considerándose que el EP había ajustado correctamente sus anotaciones para modificar los intereses pagados sobre

pequeñas sumas que habían sido designadas como capital. Como consecuencia de esto, la sentencia del *Court of Federal Claims* otorgó a *Natwest* la devolución de 166.247.252 \$, a los que añadió los intereses correspondientes.

- *NatWest IV*. Esta fase se refirió a la apelación de la Administración por las sentencias recaídas en *NatWest I* y *NatWest II*, así como a la orden que denegó su moción para reabrir la posibilidad de capitalizar el EP. La Administración también apeló *NatWest III*, pero solo en la medida en que las dos apelaciones anteriores fuesen desestimadas.

La Administración, en su defensa, esgrimió que la imputación de intereses, según la fórmula de la norma 1882-5 estaba expresamente incluida en el artículo 7.3 del Convenio de 1975, que decía: “*una imputación razonable... de intereses ... incurridos a los efectos de la empresa como un todo*”, sin embargo este texto no aparecía en el Modelo OCDE (1963) con lo cual se especulaba si se había introducido en el Convenio Estados Unidos /Reino Unido para dar cobertura a la autorización de la fórmula de asignación de intereses según la norma 1882-5<sup>379</sup>.

Aunque en opinión de los expertos, este era el mejor argumento del IRS, el Tribunal consideró que la disposición contenida en el artículo 7.3 “*una imputación razonable... de intereses ... incurridos a los efectos de la empresa como un todo*” no significaba una deducción plena de intereses “*incurridos a los efectos del EP*”, por lo cual, el Tribunal decidió tomar en consideración los intereses de préstamos *interbranch* del EP estadounidense.

Finalmente, el Tribunal de Apelación confirmó *NatWest I* y *NatWest II* al considerar que el artículo 7.3 del Convenio de 1975, debía interpretarse a la luz de los

---

<sup>379</sup> El artículo 7.3 del Convenio entre Estados Unidos y España dice: “*Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos en que se haya incurrido para la realización de los fines del establecimiento permanente, incluyendo los gastos de investigación y desarrollo, los intereses y otros gastos similares y una participación razonable en los gastos de dirección y generales de administración, tanto si se efectuaron en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte*”. Este texto autoriza a imputar aquellos gastos que debido a su naturaleza no pueden afectarse directamente al EP, en cuanto a intereses, con carácter general, se pueden deducir intereses a nivel de EP cuando la financiación recibida de la CC se afecta de manera unívoca a la actividad del EP y no opera como dotación de capital y cuando se imputan intereses correspondientes a pasivos que funcionalmente pudieran adscribirse al EP y en este sentido se han pronunciado los Tribunales ante imputaciones de gastos por intereses de la CC a EP situados en España.

Comentarios del Modelo OCDE (1963), por lo que estimó que tratar a un EP como una entidad separada no era lo mismo que tratarla como una sociedad, mientras esta podía ser requerida por el regulador bancario estadounidense para mantener capital regulatorio, se confiaba en que el EP estaba cubierto por el capital de su CC. En tanto se reconoció que esto es así, parece que el ajuste consistente en rebajar el nivel de deuda del EP con su CC para ajustar dicha deuda a las cifras que se prestarían entre entidades independientes, no era el ajuste a las cuentas del EP que permiten los Comentarios al artículo 7.3 del Modelo OCDE (1963).

La opinión mayoritaria a la vista de este caso es que finalmente, el IRS puede hacer uso de su autoridad para capitalizar a los EP financieros siguiendo el artículo 7 de los Convenios y para ello podrían manejarse diferentes fórmulas: la Sección 1882-5, los comparables internos o simplemente asignando al EP una parte del capital de su CC.

Este caso fue el que motivó, como reseñamos anteriormente que el IRS emitiera diversas regulaciones para revisar las normas aplicadas desde el año 1996 sobre asignación de gasto por intereses a EP, al objeto de que las mismas no entraran en conflicto con los Tratados fiscales suscritos entre Estados Unidos y Reino Unido y entre Estados Unidos y Japón, cuya entrada en vigor se produjo en los ejercicios 2003 y 2004 respectivamente. Las modificaciones intentan facilitar a las entidades financieras la labor de atribuir gastos por intereses como contrapartida de rentas efectivamente conectadas a Estados Unidos y para ello estiman que debe darse mayor flexibilidad de actuación a dichas entidades.

De otro lado, el IRS pretende actualizar las diferentes normas en esta materia para reflejar los cambios acaecidos en el sector bancario internacional y de paso facilitar su aplicación, haciendo esta tarea más sencilla. Para este cometido el IRS tiene en cuenta las propuestas marco incluidas en OCDE (2010) y (2008), sobre atribución de “capital libre”, ello porque las autoridades son conscientes, visto el caso *Natwest* de que las entidades financieras van a invocar tanto los métodos recogidos en el Informe OCDE (2010) y (2008), como los Comentarios al Modelo OCDE, cuando consideren que lo recogido en uno y otros es favorable a su factura fiscal en Estados Unidos, más aún en aquellos casos en que deban aplicarse tratados fiscales firmados por Estados Unidos en los que se alude de manera explícita al Informe OCDE (2010) y (2008). Sin



embargo, de acuerdo con las Observaciones formuladas por Estados Unidos al Comentario 48 –principio de simetría- al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008), este país no aplicará automáticamente dicho principio, solo lo hará en el contexto de un procedimiento amistoso; en cuanto al nuevo artículo 7 incorporado en el Modelo Convenio OCDE (2010) y a sus Comentarios, no se ha registrado ninguna Observación, sobre esta materia, por parte de Estados Unidos.

#### 4.3.1.1 . CONVENIO ESTADOS UNIDOS / ESPAÑA.

La situación de estructura de EP ubicado en Estados Unidos supercapitalizada, que hemos visto en el apartado 3º.c anterior, desencadena automáticamente la aplicación del Impuesto Adicional sobre Sucursales en su modalidad de “*Branch Interest Tax*” –*Tax on Excess Interest*-, que gira sobre el diferencial de intereses – intereses deducidos menos intereses contabilizados- al considerar la legislación norteamericana que los mismos son de fuente estadounidense<sup>380</sup>. Este tratamiento de los intereses contenido en la norma americana se ha exportado a los diferentes Convenios suscritos por Estados Unidos, a través de la figura de la imposición adicional sobre sucursales; encontrándose entre ellos el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, respecto de los impuestos sobre la renta, suscrito entre Estados Unidos y España, de fecha 22 de febrero de 1990, en cuyo artículo 14. “Imposición sobre Sucursales”<sup>381</sup>, apartado 1.b., cuyo texto se transcribe a continuación, se dan las pautas para su exigencia:

*“1. No obstante las restantes disposiciones del presente Convenio, una Sociedad residente de España podrá someterse en los Estados Unidos a un impuesto adicional a la imposición aplicable con arreglo a las restantes disposiciones del mismo. Dicho impuesto adicional no podrá exceder del:*

...

---

<sup>380</sup> Estados Unidos aplica el Impuesto complementario sobre Sucursales en dos modalidades: “*Branch Profit Tax*” –opera como un impuesto sobre el dividendo- y “*Tax on Excess Interest*” –se exige en los términos expuestos-.

<sup>381</sup> Este artículo del Convenio, tiene su raíz en la Sección 1884 del Internal Revenue Code, “*Tratamiento de los intereses imputables a una renta efectivamente conectada*” que establece un impuesto especial sobre las sociedades extranjeras, por la diferencia entre los intereses que tengan la calificación de gastos deducibles en la determinación de la renta efectivamente conectada a un negocio desarrollado en Estados Unidos y los intereses pagados y contabilizados en los libros de ese negocio.

b) 10 por 100 del exceso, si lo hubiere, de los intereses deducibles en los Estados Unidos para la determinación de los beneficios de la Sociedad que sean imputables a un establecimiento permanente en los Estados Unidos o estén sometidos a imposición en los Estados Unidos con arreglo al artículo 6 (rentas de bienes inmuebles) o al apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital), sobre los intereses pagados por o con cargo a ese establecimiento permanente o actividad comercial o industrial en los Estados Unidos<sup>382</sup>. Cuando se trate de Bancos residentes en España el impuesto aplicable con arreglo a este subapartado no podrá exigirse a un tipo superior al 5 por 100<sup>383</sup>.  
... ”

#### 4.3.1.2. CONVENIO ESTADOS UNIDOS / REINO UNIDO.

En las explicaciones técnicas consensuadas por ambos Estados que acompañan al Convenio actualmente en vigor entre Reino Unido y Estados Unidos, suscrito en 2001, cuya entrada en vigor se produjo en 2003, se indica que en la atribución de beneficios a EP se consideraran los principios recogidos en la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE y en particular que se tratará al EP como si tuviese la cifra de capital que necesitaría para realizar sus actividades en el caso de ser una entidad separada de su CC.

Concretamente, en el párrafo 3 de las explicaciones técnicas referidas al apartado 3 del artículo 7 del Convenio encontramos el siguiente texto: “El Párrafo 2 de las Notes también especifica que un establecimiento permanente no puede constituirse enteramente con deudas, debe tener suficiente capital para desarrollar sus actividades como si fuera una empresa distinta y separada. En la medida en que el establecimiento permanente no tiene tal capital, el Estado contratante puede atribuir dicho capital al establecimiento permanente y denegar una deducción por intereses en la medida necesaria para reflejar la atribución de capital”, remitiendo a la norma interna 1.882-5, para calcular el montante

---

<sup>382</sup> Aunque el apartado 1.b del artículo 14 del Convenio reconoce a España, con arreglo a su legislación interna, la posibilidad de exigir un impuesto similar, lo cierto es que la norma española no contiene tal precepto, de ahí que en casos similares, no pueda gravarse en España el diferencial de intereses en un escenario de EP estadounidense ubicado en España sobrecapitalizado.

<sup>383</sup> Ver *Tratados y Convenios Internacionales “Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América”*, de V. González Poveda, Comentarios al artículo 14 “Imposición sobre Sucursales”, páginas 26 y 27, CISS (1991). Sobre el mismo tema, Carta Tributaria 107/90, Monografía, “El Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos”, VV.AA., páginas 7-10.

de gasto por intereses deducible, siempre que el contribuyente lo estime pertinente. No obstante, el párrafo 5 de las explicaciones técnicas advierte que dicha norma, a la hora de calcular el montante de gasto por intereses no tiene en cuenta que los riesgos asociados a los activos del EP pueden diferir según los activos, por lo que el mismo párrafo se refiere al caso concreto de las entidades financieras, para introducir este parámetro a la hora de cuantificar el capital atribuible a los EP: *“En particular, en el caso de entidades financieras que no sean compañías de seguros, la cifra de capital a atribuir al establecimiento permanente se determina asignando el capital total de la entidad financiera entre sus varias oficinas, sobre la base de la proporción de los activos ponderados en función del riesgo de la entidad financiera atribuibles a cada uno de tales oficinas”*<sup>384</sup>.

De acuerdo con las explicaciones técnicas al Convenio Estados Unidos / Reino Unido es posible atribuir capital a los EP utilizando fórmulas alternativas a la propuesta en la norma interna 1.882-5, sin seguir necesariamente esta, fórmulas que basen la atribución de capital a los EP en función de los activos del EP ponderados según su riesgo, teniendo en cuenta los principios recogidos en los artículos 7 y 9 del Convenio. Las explicaciones técnicas se remiten a las fórmulas propuestas por la OCDE en el Proyecto de Informe sobre Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes publicado en aquel momento, sin entrar en detalles sobre la aplicación de las fórmulas alternativas. Sin duda, en la redacción de las explicaciones técnicas ha planeado la resolución del caso *Natwest*.

#### 4.3.2. CANADÁ.

##### NORMATIVA.

##### a) Atribución de beneficios.

Las normas internas canadienses, atribuyen beneficios al EP, considerando las fuentes de rentas y asignando respecto de cada una de las fuentes, los ingresos y los gastos vinculados de manera inequívoca a cada una de ellas.

Asimismo, Canadá ha incorporado el “principio de libre competencia” consagrado por OCDE en sus normas internas sobre Precios de Transferencia, pero

---

<sup>384</sup> Ver VV.AA. (2007).

dichas normas no se aplican a las operaciones realizadas entre CC y EP, no obstante se aplica el valor de mercado a determinadas de estas operaciones, aunque dicho valor no sea consistente con el principio de libre competencia, tal y como se configura en OCDE<sup>385</sup>.

Sin embargo, si el EP en Canadá está cubierto por un Convenio suscrito por este Estado con el Estado de residencia de la CC, es claro que a la hora de atribuir beneficios al EP se considerará el artículo 7 de dicho Convenio, artículo que probablemente seguirá las pautas de la versión del Modelo OCDE en vigor en el momento en que el mismo Convenio se firmó, interpretándose con arreglo a los Comentarios vinculados a la versión<sup>386</sup>.

Aún cuando las autoridades fiscales de Canadá consideran al EP como si fuera una “empresa funcionalmente separada” de su CC, tal y como indican las propuestas de OCDE (2010) y (2008), sin embargo no existen normas generales para la atribución de beneficios al EP.

#### b) Atribución de capital libre.

En esta materia, destacamos los siguientes puntos:

1) Canadá dispone de norma específica para atribuir “capital libre” a los efectos del cálculo de gastos por intereses deducibles por la utilización de capitales ajenos para los EP de entidades bancarias autorizadas en otros Estados, aplicando la *ratio* fija: Deudas de terceros / Capital. Es este un sistema de reparto proporcional que considera que la totalidad de la empresa se financia de la misma forma. Las normas canadienses limitan la deducibilidad de gastos financieros a la retribución de un volumen de deuda, incluyendo las deudas de

---

<sup>385</sup> Ver P. Wilmschurst (2012), páginas 1/7, donde se analiza el caso *Capital Canada, Inc. V. The Queen* (2009), en que el autor comenta la decisión del Tribunal Federal de Apelación sobre el caso en que una sociedad matriz residente en EEUU otorgó una garantía a favor de su filial residente en Canadá, para garantizar el préstamo obtenido por la filial de una entidad bancaria. El Tribunal Federal de Apelación consideró que solo debían valorarse y retribuirse las garantías explícitas, nunca las implícitas, ya que estas derivaban de la pertenencia de la filial a un grupo multinacional, lo cual mejoraba el *rating* de la filial sin que ninguna otra sociedad del grupo realizase ninguna actividad para ello.

<sup>386</sup> Ver el caso *Cudd Pressure Control Inc. V. The Queen* (1998), que trata de la imputación de un gasto por alquiler de equipo de la CC norteamericana utilizado por el EP canadiense. El Tribunal Federal de Apelación no consideró los pagos por alquileres deducibles en sede del EP, pero consideró deducible una parte del coste de adquisición del equipo –amortización–, imputando dicho coste al propietario económico del equipo. Documento A - 369 - 95. En este caso, la entidad aplicaba el principio de empresa separada “radical” consagrado en la versión del Modelo Convenio OCDE (2010) con anterioridad a esta fecha.

terceros, igual al 95% del volumen de activos del EP. Esto equivale a decir que Canadá considera que los EP deben estar capitalizados, como mínimo, en el 5% de su volumen de activos contables<sup>387</sup>.

En el cálculo del importe de intereses deducibles, hemos de tener en cuenta que cuando estos retribuyen una deuda inferior al 95% del volumen de activos del EP, dicho EP puede acogerse a la deducción fiscal de los intereses nocionales – calculados de acuerdo con el tipo medio publicado por el Banco de Canadá- de la deuda nocial que viene dada por la diferencia entre el 95% del volumen de activos del EP y su deuda real. Estos intereses nocionales podrían estar sujetos a retención, dependiendo del Estado de residencia de la CC<sup>388</sup>.

Teniendo en cuenta las más recientes decisiones de los Tribunales de Canadá, es muy posible que, basándose en ellas, los EP de entidades financieras residentes en Estados que hayan firmado un Convenio con Canadá no se muestren conforme con la aplicación de la norma interna en esta materia, descrita en los párrafos anteriores, por considerar que la misma puede entrar en conflicto con el texto el artículo 7 de dichos Convenios.

2) No incorpora en su legislación la posibilidad de comparación con entidades terceras, principio que si recogen OCDE (2010) y (2008) en la parte relativa a las cláusulas de atribución de “capital libre”, método de “Subcapitalización”.

3) De otro lado, no ha aceptado formalmente el “principio de simetría”, a la hora de determinar la cifra de gasto por intereses por el uso de capitales ajenos deducibles con vistas a eliminar la doble imposición de la renta de EP situados en el extranjero, cuando su CC reside en Canadá.

#### **4.4. CONCLUSIONES.**

En el Capítulo 3 “Atribución de Capital Libre al Establecimiento Permanente” se expusieron los problemas tanto de doble imposición como de déficit de imposición a

---

<sup>387</sup> Esto es, no se computan pasivos contingentes, ni se aplican coeficientes de ponderación de riesgo.

<sup>388</sup> Norma similar a la existente en Estados Unidos, comentada en el apartado 4.3.1 del Capítulo, dedicado a este Estado.

que daba lugar la diferente interpretación que del artículo 7 del Modelo Convenio OCDE podían realizar el Estado de residencia de la CC y el de localización del EP, problemas a los que el Informe OCDE (2010) y (2008) aporta la visión consensuada por los Estados en aras de solucionarlos.

A lo largo de este Capítulo, se han comentado diversos casos en los que la Administración correspondiente ha considerado contingencia fiscal la deficiente capitalización de EP, pues bien tomando estos casos como una muestra, se puede afirmar que la mayoría de los Estados son conscientes de estos problemas y cada uno de ellos en la medida de sus posibilidades y teniendo en cuenta las normas vigentes en cada momento, tanto internas como convenidas, intenta abordarlos y trazar las posibles soluciones.

Hemos de tener en cuenta que prácticamente todos los Estados están involucrados en este tema, por cuanto la organización de sus entidades financieras supera ampliamente los límites de su territorio y el desembarco de las mismas en otros Estados a través de la figura de EP es la que requiere de menos trámites burocráticos, si comparamos la constitución de un EP con la constitución de una sociedad filial, lo que hace que las entidades financieras se decanten por crear un EP. A ello se añade otra cuestión, en nuestra opinión en absoluto desdeñable, y es que las operaciones realizadas entre CC y EP no están sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, por tratarse de operaciones realizadas en la órbita de la misma personalidad jurídica, lo que supone dada la complejidad de este Impuesto en su aplicación a las operaciones del sector financiero, trufado de exenciones y de no sujeciones, y de excepciones a unas y a otras, en el que a veces pueden darse supuestos de sectores diferenciados de actividad y en el que los cálculos de los porcentajes de prorratea se muestran complicados de realizar, la posibilidad de enfrentarse a un cliente/proveedor respecto del que no hay que repercutir/soportar Impuesto sobre el Valor Añadido se presenta como una interesante opción a valorar en la toma de decisiones. Estos hechos unidos a la armonización de la normativa bancaria en el seno de la Unión Europea –en cuyo territorio no es necesario que los EP de entidades autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea dispongan de dotación de capital- contribuye, sin duda, a que en el mapa financiero actual no se espera que el número de EP disminuya –salvo puntuales operaciones de

fusión-, de ahí que los Estados no tengan más remedio que aplicarse en encontrar la solución más idónea a las cuestiones apuntadas en este Capítulo.

Aunque los problemas que plantean las relaciones entre CC y EP financieros no son nuevos, los mismos ya se pusieron de manifiesto en el Informe OCDE (1984), no es menos cierto que las respuestas por parte de los diferentes Estados no han sido las mismas, ni en la misma dirección, ni aplicadas en los mismos ejercicios, de ahí que hasta que se asuman plenamente por los Estados las propuestas contenidas en los diferentes Informes OCDE, así como en los Comentarios a los artículos 7, 23 y 24 del Modelo Convenio OCDE e incluso cuando se hayan asumido y su aplicación sea un hecho, conviene tener presente el recurso de acudir al Procedimiento que nos brinda el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, de 23 de julio de 1990 –para entidades y EP situados en el espacio de la Unión Europea- y al Procedimiento Amistoso previsto en el artículo 25 del Modelo OCDE (2010) – para CC y EP situados en Estados Convenidos<sup>389</sup>-, apartado 5. Arbitraje<sup>390</sup>, para eliminar los supuestos de doble imposición que puedan darse.

A ambos procedimientos se añade una herramienta de calidad: los Acuerdos Previos de Valoración bilaterales –APAs-, esta alternativa ofrece varias ventajas sobre los anteriores: 1) centra el método para atribuir “capital libre” al EP por anticipado, 2) en la elección del mismo se involucran los dos Estados y ello se valora particularmente por el contribuyente, ya que le garantiza que su actuación en los mismos es la correcta, eliminando cualquier posible contingencia fiscal<sup>391</sup>, 3) no se darán supuestos de doble imposición por este motivo, al subsanar la subcapitalización de los EP en fuente y en residencia<sup>392</sup> y 4) la prórroga o renovación del APA es relativamente sencilla, habida cuenta que aunque se produjeran modificaciones del modelo de negocio –cuestión que

---

<sup>389</sup> En la redacción del artículo 25 que corresponde a la versión del Modelo OCDE (2008) se ha hecho posible que los EP pueden acudir al “Procedimiento Amistoso” a los efectos de eliminar la doble imposición. En versiones anteriores del Modelo OCDE, esto no era posible, habida cuenta que los EP no gozan de la condición de residentes en el Estado en que se ubican.

<sup>390</sup> Este apartado constituye una innovación de la versión del Modelo OCDE (2008).

<sup>391</sup> De hecho, algunos Estados entre los que se incluye Alemania solo dan respuesta a las propuestas previas de valoración cuando se plantean en sentido bilateral o multilateral, ya que consideran que las resoluciones a propuestas planteadas en sentido unilateral no cierran el problema de manera definitiva y por tanto no merece la pena dedicar tiempo a ello.

<sup>392</sup> Se pueden dar por otros motivos, por ejemplo: un gasto deducible según norma del Estado de la fuente, pero no deducible en el Estado de residencia.

hace un APA inaplicable cara al futuro- los riesgos, parámetro nuclear sobre el que gira la determinación del capital libre, se desplazarían con el modelo de negocio y como dichos riesgos se evalúan conforme a las pautas para la determinación de la *ratio* de solvencia de la normativa internacional, bastaría con incluir en el APA una salvedad a ello para validar la misma para ejercicios futuros.

Hemos de señalar que determinadas legislaciones no tramitan APAs cuando la residencia de la CC o la ubicación del EP se sitúan en territorios calificados fiscalmente como paraísos fiscales o en territorios de baja tributación, lo cual parece razonable, por un lado por la diferencia de imposición y por otro por las escasas o nulas posibilidades de intercambiar información.

Para terminar, resumimos la situación en cada uno de los Estados, que es espejo desde la perspectiva del artículo 7 del Modelo OCDE (2010), pero no desde la perspectiva de la aplicación de la norma interna, que es la que marca la deducibilidad de los gastos y la tributación de los ingresos, previamente atribuidos conforme al artículo 7 del Modelo OCDE (2010).

Estado de la Fuente. Este Estado persigue proteger sus ingresos tributarios y para ello atribuye beneficios al EP con arreglo al principio de libre competencia y entre los gastos que se atribuyen al EP debe cuantificarse el gasto por intereses de capitales ajenos, para lo cual deberá verificarse si el EP está dotado de “capital libre” suficiente para desarrollar las funciones que le han sido asignadas.

Estado de Residencia. En este Estado, el EP por aplicación de normativa bancaria nunca a va estar infracapitalizado, pero aquí, también por mandato del artículo 7 del Modelo OCDE (2010), se atribuyen beneficios al EP, con los mismos criterios que aplica el Estado de la fuente, para eliminar la doble imposición de las rentas generadas por el EP, para ello, se calcula el gasto por intereses a atribuir al EP, en sede de residencia. Como las cuentas de la CC y las del EP se consolidan, sucede que los intereses pagados por el EP a la CC que han sido computados como gasto en el EP y como ingreso en la CC se eliminan, tanto en la consolidación contable como en la fiscal, de manera que a nivel consolidado solo tienen eficacia los intereses satisfechos a terceros, bien por el EP, bien por la CC y estos intereses son finalmente los que se



asignan entre las dos divisiones de la entidad, asignación que deberá seguir la afectación de recursos ajenos y la atribución de capital a cada división de la empresa. Ello es así siempre y cuando las dos unidades de la entidad financiera, CC y EP estén capitalizadas a niveles mínimos; ahora bien, si la entidad desde un punto de vista global estuviese sobrecapitalizada, nada obstaría a que el EP estuviese capitalizado a niveles mínimos y la CC sobrecapitalizada, lo cual podría conducir a que parte del capital de la CC se prestase al EP en las mismas condiciones que pudiera hacerlo un tercero no vinculado, con lo que, aún cuando a nivel consolidado los intereses pagados por el EP se compensasen con los intereses recibidos por la CC, el interés que el EP paga a la CC por la financiación suministrada a título de préstamo –hemos partido de que el EP está capitalizado a nivel mínimo- tendría efectos a nivel individual en cada una de las jurisdicciones fiscales.

Lo anterior resalta la importancia de que las reglas del juego estén claras y se conozcan, acepten y apliquen por los Estados y en este sentido resultan de una gran ayuda tanto los Informes OCDE (1984), (1993), (2008) y (2010) como los Comentarios al artículo 7 Modelo OCDE (2010)<sup>393</sup>.

---

<sup>393</sup> Igualmente los Comentarios al artículo 7 en versiones anteriores del Modelo OCDE.



## **CONCLUSIONES FINALES.**

El elemento nuclear de este estudio, centrado en los EP de entidades financieras no residentes, ha sido la capitalización de dichos EP con enfoque tributario, capitalización que hemos dado por supuesta en el ámbito jurídico, ya que la CC y el EP constituyen una persona jurídica única, como también la hemos dado por supuesta desde el punto de vista regulador, habida cuenta que todas las entidades financieras sin exclusión, con independencia del Estado que las haya autorizado, han de disponer de una cifra de capital mínimo, que ha de dar cobertura a las actividades, funciones y riesgos asumidos por la entidad financiera en su conjunto, esto es a las actividades realizadas, funciones ejecutadas y riesgos contraídos por la CC y a las actividades realizadas, funciones ejecutadas y riesgos contraídos por sus diferentes EP. Ello, con independencia de si dicha cifra de capital aparece anotada o no en los libros registros de los EP, en este último caso, esto es, cuando se da ausencia de contabilidad del capital libre en el EP, nuestro estudio ha demostrado cómo los ingresos tributarios del Estado de la fuente pueden verse reducidos con la contrapartida de un aumento de los mismos en el Estado de residencia de la entidad financiera.

Una vez desarrollados los diferentes Capítulos que componen esta Tesis Doctoral, solo resta apuntar las conclusiones finales de la misma, no sin antes insistir en ciertas cuestiones que aunque ya se expusieron en dichos Capítulos, consideramos conveniente traerlas a estas Conclusiones a título meramente recordatorio, lo que haremos desde el punto de vista contable y desde el punto de vista fiscal.

### **1. Punto de vista contable.**

En la última reforma de la normativa contable, Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se ha incorporado un principio de capital importancia, el principio de “predominio de fondo económico sobre forma jurídica”, artículo 34.2 del Código de Comercio, principio que ya se encontraba recogido en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, norma séptima, “Características de la

Información” y que resulta de aplicación no solo a las operaciones realizadas entre entidades vinculadas, ámbito idóneo de operaciones en las que el motivo económico válido puede no ser perceptible a simple vista, sino a cualquier operación realizada entre partes independientes, en la que la forma jurídica utilizada no puede avalar el resultado económico conseguido por las partes, nos referimos, entre otras, a las operaciones de venta de títulos con pacto de recompra no opcional por parte de la entidad financiera, operación que en el ámbito contable se trata como un préstamo en dinero otorgado por la entidad financiera, no como adquisición de títulos.

A título de ejemplo, de operaciones entre partes vinculadas, en las que a priori las mismas se muestran carentes de justificación, pueden señalarse aquellas operaciones realizadas por una entidad del grupo, que analizadas desde la perspectiva de esta sociedad, carecen de sentido económico válido, por lo que podría llegarse a la conclusión de que el único encaje posible, sería que las mismas se han realizado por mandato de la matriz, como la adquisición de acciones por parte de una entidad del grupo, para ejercer funciones de control y de toma de decisiones sobre la entidad emisora, cuando dicha entidad adquirente carece de patrimonio e incluso de medios personales y materiales para ejecutar dichas funciones. La operación puede tener explicación desde el punto de vista del grupo multinacional, y de hecho así sucede, pero no desde el punto de vista de la sociedad que jurídicamente la ha suscrito<sup>394</sup>.

Pues bien, en el ámbito contable, y a los efectos que aquí nos ocupan, deberíamos calificar todos los fondos suministrados por la CC al EP, siguiendo el principio enunciado, esto es: diferenciando aquellos fondos destinados a componer los recursos propios del EP, de aquellos otros que se prestan por parte de la CC al EP de la misma forma en que se prestarían por un tercero no vinculado. Los primeros se contabilizarían como “Patrimonio” o “Fondos Propios”, en tanto que los segundos se contabilizarían como “Recursos Ajenos”. Naturalmente para hacer este ejercicio, previamente se debería calcular el importe de recursos propios mínimos que necesita el

---

<sup>394</sup> No es habitual observar en los Informes de Auditoría comentarios sobre estas operaciones, cuando es notorio e incluso llamativo, a veces, el impacto de las mismas sobre el balance de la entidad adquirente y las posibles contingencias fiscales a que pueden dar lugar, si como consecuencia del juego “gastos por intereses de la financiación / ingresos por dividendos” se produce la deslocalización de bases imponibles desde un Estado a otro, con el perjuicio correspondiente para el Estado en el que se pretenda la minoración de la cuota tributaria a través de la operación.

EP, aplicando la normativa bancaria de recursos propios, analizada en el Capítulo 2, apartado 2.5.2.3. “Normativa interna”.

Ello conllevaría la contabilización como gasto, exclusivamente, según devengo, de la retribución asignada a los fondos calificados como “Recursos Ajenos”, en tanto que la retribución de los “Fondos Propios”, cuando se produce, motivaría una anotación al debe de la cuenta de resultados con abono a la cuenta de tesorería, pero en ningún momento una anotación a cuentas de gastos, por cuanto se trata de una distribución de resultados.

## **2. Punto de vista fiscal.**

Si el suministro de financiación por parte de la CC al EP hubiera seguido en el escenario contable la secuencia descrita en el número 1 anterior, los problemas en el ámbito fiscal se hubieran minimizado, por no decir desaparecido. En efecto, como, de acuerdo con el artículo 10.3 del TRLIS<sup>395</sup>, la Base Imponible del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de No Residentes –Impuesto por el que tributa el EP situado en España- parte del resultado contable de la sociedad o del EP, es obvio que un EP en el que se hubieran contabilizado los fondos suministrados por su CC en el modo propuesto, mostraría un resultado contable del que habrían formado parte unos gastos por intereses correspondientes a una estructura de pasivo de mercado, lo que significaría que, a salvo de otras operaciones vinculadas que pudieran darse, dicha atribución de capital repercutiría positivamente en la atribución de beneficios al EP, ya que al realizarla se habrían respetado los principios de “empresa separada de su CC” y de “libre competencia en la valoración de operaciones realizadas con su CC”, a los que se refieren la normativa interna y el artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2010).

Sin embargo, por si el escenario anterior no se llegara a manifestar, y puesto que ha quedado demostrado en el Capítulo 3, apartado 3.2 “Argumentos que avalan la atribución de capital libre a Establecimientos Permanentes” que la ausencia contable de capital libre e incluso una dotación contable del mismo insuficiente, comparada con su actividad, perjudica los ingresos tributarios del Estado de la fuente en beneficio del Estado de residencia, tal y como se deduce de los Comentarios al artículo 7 del Modelo

---

<sup>395</sup> Artículo 10.3 de la Ley 27/2014.

Convenio OCDE (2010) y del Informe OCDE (2010), no queda otro remedio que plantear esta cuestión en el ámbito fiscal.

Y este planteamiento pasa por imputar una cifra de capital libre al EP desde el punto de vista fiscal, cifra que puede determinarse, conforme a los métodos autorizados de la OCDE e incluso al método alternativo o de protección contenidos en el Informe OCDE (2010), Parte II, Párrafos 98 y siguientes, a los que se ha hecho referencia en el Capítulo 3 “Atribución de Capital Libre a Establecimientos Permanentes”, apartado 3.3 “Cuantificación de la cifra de Capital libre. Métodos”.

Entendemos que esta forma de conducirse está en consonancia con el artículo 7 del Convenio Modelo OCDE (2010) y el Informe OCDE (2010), que consideran al EP, en las relaciones con su CC, con otros EP dependientes de su CC y con entidades asociadas a su CC como si fuera “una empresa distinta y separada” de su CC y en consonancia con ello, las operaciones que realice el EP con los mismos han de valorarse de acuerdo con el “principio de libre competencia”.

Si bien, como paso previo deberíamos hacernos la pregunta siguiente: ¿Permite nuestra normativa interna realizar este ejercicio o es necesario, como se viene diciendo, desde determinados sectores, modificar dicha normativa?.

En el apartado 3.2.1.5 “Normas de cobertura interna” del Capítulo 3 nos pronunciamos rotundamente sobre este tema, enumerando los diferentes artículos de la normativa interna que daban cobertura al ejercicio de capitalizar, con criterio de mercado, a los EP situados en España, argumentando la contribución de cada uno de ellos a dicha capitalización. Dichos artículos son: 10, 20 –versión vigente hasta 31 de diciembre de 2011- y 143 del TRLIS<sup>396</sup> y artículos 15.2, 16.1.c.2º y 18.1.c del TRLIRNR.

Llegados a este punto, es fundamental traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013<sup>397</sup>, referida al Impuesto sobre Sociedades de una determinada entidad financiera, en la que uno de los conflictos que se plantearon entre la Administración y la representación de la entidad fue la determinación de la base

---

<sup>396</sup> Artículos 10 y 131 de la Ley 27/2014.

<sup>397</sup> El expediente sobre el que recayó dicha Sentencia se comenta con mayor detalle en el apartado 3.10.1.2 “Tribunales Administrativos” del Capítulo 3.

respecto de la que se tenía que eliminar la doble imposición, en relación con las rentas generadas por un EP situado en Reino Unido; pues bien en dicha Sentencia se admite la decisión de la Administración que dividió los fondos suministrados por la CC al EP entre “dotación de capital básica” y “financiación no básica” con el resultado de admitir como gasto a imputar al EP la retribución correspondiente a la financiación no básica – el EP no había pagado a su CC cantidad alguna por el uso de los fondos, ni en consecuencia contabilizado ningún importe por esta operación-. La imputación de este gasto tiene el efecto directo de minorar la renta respecto de la que se tiene que eliminar la doble imposición de las rentas aportadas por el EP a la entidad financiera autorizada en España.

También las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de mayo de 2012 y de 26 de junio de 2012<sup>398</sup>, son ilustrativas de los derroteros por donde discurre nuestra doctrina administrativa. En estos casos, se trató de un EP situado en España, cuya CC residía en Holanda, dicho EP tenía anotada en contabilidad una cifra de capital, a todas luces insuficiente para llevar a cabo la actividad en España, por lo cual la Administración capitalizó dicho EP en los mismos términos que si hubiera sido una entidad financiera autorizada en España, a los efectos de poder cuantificar la cifra de gastos por intereses por el uso de capitales ajenos que debían atribuirse al EP y así, de esta manera, determinar la renta generada por el EP, representativa de la capacidad económica a considerar en el cálculo del IRNR en España.

Al TEAC le han bastado los artículos de nuestra normativa interna, anteriormente mencionados, junto con el artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y los Países Bajos, de 16 de junio de 1971, los documentos emitidos por la OCDE sobre esta cuestión y los Comentarios al Modelo Convenio OCDE, para alinearse con el planteamiento de la Administración, como en el caso comentado en líneas anteriores, hiciera el Tribunal Supremo para cuantificar la renta respecto de la que tenía que evitarse la doble imposición en España en el IS, que se basó en la norma interna y en el artículo 7 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Reino Unido, de 21 de octubre de 1975.

---

<sup>398</sup> Los expedientes sobre los que recayeron las Resoluciones son objeto de comentario en el Capítulo 3, apartado 3.10.1.2. Tribunales Administrativos”.

## PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA.

No obstante lo expuesto en el número 2 anterior, en aras de minimizar la litigiosidad que esta cuestión pudiera conllevar, habida cuenta que desde determinados sectores de opinión se entiende que las normas internas actuales no validan el ejercicio de capitalizar a los EP, ya que no validan la aplicación de los sistemas de tributación de EP introducidos por los Comentarios al artículo 7 del Modelo Convenio OCDE (2008) y por el artículo 7 incorporado en el Modelo Convenio OCDE (2010) y desarrollado por los Comentarios al mismo, podría pensarse en incluir, de manera expresa, en las normas actualmente en vigor, la obligación de capitalizar los EP con fines exclusivamente tributarios.

Para ello, lo mejor sería hacerlo a través del artículo 18.1.c) del TRLIRNR, en los términos que se expresan a continuación:

El texto actualmente en vigor dice:

*“En ningún caso resultarán imputables cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al establecimiento permanente”*

El texto, una vez modificado, diría:

*“En ningún caso resultarán imputables cantidades correspondientes al coste de los capitales propios de la entidad afectos, directa o indirectamente, al establecimiento permanente. A tales efectos, deberá determinarse la cifra de capital libre del establecimiento permanente aplicando métodos de imputación de capital que garanticen una atribución de beneficios al establecimiento permanente, de acuerdo con el principio de libre competencia.*

*A los establecimientos permanentes de entidades financieras, de entidades de inversión y de entidades de seguros se les asignará, como mínimo, la cifra de recursos propios mínimos calculada según la normativa interna de solvencia relativa a las mismas.*



*En caso de que la entidad no residente, de la que sea parte el establecimiento permanente, resida en un Estado con el que España haya suscrito un Convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información, para la determinación de la cifra de capital libre se seguirán los criterios de interpretación contenidos en los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE y se aplicaran los métodos de atribución de capital contenidos en el Informe de Atribución de Beneficios de la OCDE<sup>399</sup>”.*

Situados en el contexto del Informe OCDE, los métodos que mejor se adaptan al EP financiero son, en nuestra opinión, los de “Imputación de capital” y de “*Quasi* subcapitalización”<sup>400</sup>.

El primero, porque atribuye el capital total real del banco entre todas sus divisiones, atendiendo a los activos y riesgos asignados a cada parte, lo que significa capitalizar el EP replicando la estructura de capital de la entidad financiera de la que el mismo es parte; esta fórmula llevaría a una cifra de capital libre superior a la obtenida por aplicación del segundo método, lo que redundaría en beneficio del Estado de la fuente que recaudaría una cifra de Impuesto sobre beneficios superior a la que resultaría de aplicar el segundo método.

El método de *Quasi* subcapitalización, por ser un método de mínimos que satisface el principio de prudencia y que en ningún momento atribuirá un beneficio al EP que exceda del rango que resultaría de la aplicación de uno de los criterios autorizados por la OCDE para la atribución de capital, lo que conlleva, en ocasiones, a que el Estado de la fuente recaude un impuesto inferior al que resultaría de la aplicación de cualquiera de los métodos autorizados de la OCDE.

Es muy cierto que el método de *Quasi* subcapitalización, basado en la normativa reguladora bancaria, puede ser objeto de crítica cuando se exporta al ámbito tributario. Esto se debe a que la capitalización en el ámbito bancario responde a un

---

<sup>399</sup> Se seguirán los Comentarios e Informe correspondientes a la versión del Modelo que corresponda al caso en concreto.

<sup>400</sup> Ver Capítulo 3, apartados 3.3.1. “Método de atribución de capital” y 3.3.4 “Método de *safe harbour* o *quasi* subcapitalización”.

objetivo muy concreto, como es asegurar la solvencia de las entidades financieras; en tanto que el objetivo fiscal que se persigue cuando se capitaliza un EP es el de determinar su responsabilidad tributaria en el Estado de ubicación, con arreglo a los principios de plena competencia y de capacidad económica. Pues bien, dado que no está dicho en ninguna norma fiscal cual es la cifra de capital libre que deben tener una entidad financiera y los EP de la misma, para que dicha cifra conduzca a un resultado del EP de plena competencia y puesto que la fórmula de capitalización indicada se sigue por todas las entidades financieras, hemos de concluir que esta fórmula de capitalización sitúa en pie de igualdad a todas ellas en el mercado en el que trabajan, favoreciendo la competitividad en el sector financiero, lo que debería ser aval suficiente para aceptarla en la esfera fiscal, ya que no debe de haber duda de que su aplicación en este ámbito delimita la estructura de recursos ajenos de mercado que tienen que tener la entidad financiera y sus EP y en consecuencia, el nivel de gastos financieros de mercado necesarios para llevar a cabo su actividad y al mismo tiempo pone de manifiesto la capacidad económica en base a la cual la entidad y el EP han de determinar la cifra de Impuesto sobre beneficios a pagar en el Estado de residencia y en el de ubicación, respectivamente. El hecho de que el método sea un método de mínimos no invalida su cualidad como método de determinación del capital libre de plena competencia, cualidad que no se discute en la órbita financiera.

No obstante lo anterior, también pueden utilizarse cualquiera de los otros dos métodos de atribución de capital autorizados por la OCDE contenidos en el Informe de Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes de la OCDE<sup>401</sup>, si bien dadas las dificultades de encontrar comparables adecuados<sup>402</sup>, de efectuar los ajustes pertinentes, etc, la clave para realizar la operación de capitalización está en manejar los datos de que se disponga y los resultados a que los mismos conduzcan con cierta flexibilidad, ello porque en este campo no hay verdades absolutas, sino resultados coherentes, de hecho cada método seleccionado conduce a una cifra de capital libre diferente, de ahí la necesidad de argumentar con razones de peso la elección o rechazo de cualquiera de los métodos para atribuir capital libre a EP.

---

<sup>401</sup> Versiones (2008) y (2010).

<sup>402</sup> En caso de aplicar el método de Subcapitalización.







## BIBLIOGRAFÍA

Este trabajo se ha elaborado con la bibliografía citada en el texto y la siguiente bibliografía complementaria:

ABASCAL, María y FERNANDEZ DE LIS, Santiago (2014): Un nuevo entorno regulatorio para la banca. “España 2013. Un Balance”, Economistas, nº 138/130, año 2014.

ACKERMAN, Bob, ASSEF Sherif y otros (2003): Comparing the “*Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (PEs: Part III Enterprises Carrying on global Trading of Financial Instruments)*” with the OECD’s “*The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*”. International Bureau of Fiscal Documentation. July/August 2003.

ALMUDÍ CID, J. MANUEL (2008): La relevancia de los convenios de doble imposición internacional para determinar el incumplimiento de las libertades comunitarias por el estado de la fuente. Quincena Fiscal nº 9.

ALONSO PEREZ, Angel (2012): “Contabilidad y Fiscalidad de la consolidación y las operaciones vinculadas entre empresas”. Editorial CISS.

ALVAREZ LOPEZ, José (1972): Análisis de Balances. Capítulos X, XI, XII y XIII. Editor José Álvarez López.

BAKKER, A. J. (2005): *Attribution of profit to a permanent establishment of a bank*, International Transfer Pricing Journal, vol. 12, nº 2.

BAKKER, A. J. y HOEY SMITH, A. van (2004): *Recent developments regarding allocation of profit to permanent establishments of banks*, International Transfer Pricing Journal, vol. 11, nº 1.

BAKER MC KENZIE (2013): “*European Transfer Pricing Handbook*”.

BAKER MC KENZIE y DELOITTE ABOGADOS (2014): *Fiscalidad Internacional y Competitividad: Cuestiones controvertidas de la norma y la práctica españolas*. Fundación Impuestos y Competitividad, ePraxis.

BEETON, DANNY (2010): *Analysis Loans and guarantees. Transfer pricing Review*. Septiembre.

BENNETT, M. C. y DUNAHOO, C. A. (2005): “*The attribution of profits to a permanent establishment: issues and recommendations*”, *Intertax*, vol. 33, nº 2.

CAAMAÑO ANIDO, M. A.; CALDERÓN CARRERO, J. M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2001): *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, tomo II, La Ley, Las Rozas (Madrid).

CALLEJA CRESPO, Ángel (2007): “La fiscalidad de los no residentes en España: rentas obtenidas a través de establecimiento permanente”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (director), *Manual de Fiscalidad Internacional*, cap. 9, 3ª edición, IEF, Madrid.

CARBAJO VASCO, Domingo, VAZQUEZ TORRES, Angel L. y GOMEZ HERNANDEZ, Juan (2010): *Guía sobre Operaciones Vinculadas*. Asociación Española de Asesores Financieros y Tributarios.

CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor (2006): “La fiscalidad del establecimiento permanente en la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, en RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. (dirección), *El Impuesto sobre Sociedades y su Reforma para 2007*, cap. 29, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor (2007): *Renta de No Residentes*, CISS, Valencia.

CARRASCOSA, Antonio y DELGADO, Mario (2014): *Saneamiento y reestructuración del sector financiero*. “España 2013. Un Balance”, *Economistas*, nº 138/130, año 2014.

CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (2013): La Planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla. Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 7/2013.

CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (2014): Lucha y plan de actuaciones contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (OCDE). Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 2/2014

COSÍN OCHAITA, Rafael (2007): Fiscalidad de los precios de transferencia. CISS, Valencia.

DEHESA, Guillermo de la (2012): Supervisor único bancario y futura unión bancaria. “España 2012. Un Balance”, Economistas, nº 135, año 2012.

ERNST & YOUNG (2008): *Tax aspects of cross-border business funding and transfer pricing*.

EZQUERRA MARTIN, Laura y MEDRANO LÓPEZ, Isabel (2013): Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un Establecimiento Permanente., en Impuesto sobre Sociedades, capítulo 18. EY Abogados. Thomson Reuters Aranzadi.

FALCÓN Y TELLA, Ramón (2012): La doctrina de la sustancia económica y su codificación en Estados Unidos. Quincena Fiscal, nº 17.

FALCÓN Y TELLA, Ramón (2013): La nueva general Anti.abuse Rule (GAAR) del Reino Unido. Quincena Fiscal, nºs 15, 16 y 17.

FALCÓN Y TELLA, Ramón (2014): Pluralidad de Establecimientos Permanentes en el extranjero: el ejemplo de las explotaciones de hidrocarburos, Resolución de la Dirección General de Tributos de 22 de enero de 2014. Quincena Fiscal, nº 7.

FERNANDEZ ANTUÑA, Antolín (2013): Fiscalidad Internacional de los gastos financieros: Normativa interna y Derecho comparado. Documento de Trabajo nº 19/2013. Instituto de Estudios Fiscales.



FERNANDEZ de LIS, Santiago (2011): Capitalización, riesgo sistémico y disciplina de mercado. “Crisis: Lecciones y reformas”, Economistas, nº 128, año 2011.

FORNIES, Sabino (2011): Un nuevo marco de supervisión financiera para Europa. “España 2010. Un Balance”. Economistas, nº 126, año 2011.

GARCIA-TORRES FERNANDEZ, M<sup>a</sup> Jesús (2013): Obligados tributarios VS Obligaciones tributarias formales: Empresas residentes en España con establecimientos permanentes en países de la Unión Europea. Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 6/2013.

GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo (1994): El establecimiento permanente en la imposición societaria desde el punto de vista tributario internacional: el ordenamiento español como modelo. Universidad de Valencia.

GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo (1996): El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria, Tecnos. Madrid.

GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo (2000): Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y derecho comunitario (Consideraciones en torno a los casos *Royal Bank of Scotland* y *Saint Gobain*). Noticias de la Unión Europea nº 191.

GALERA PITA, Alejandro (2013): El artículo 7 del Modelo Convenio de la OCDE: diferencias entre la versión 2010 y las versiones anteriores, en el precepto y los Comentarios. Cuadernos de Formación, Colaboración 2/13. Volumen 16/2013.

GOMEZ de MIGUEL, José Manuel (2011): Apuntes sobre la creación de un marco prudencial específico de los bancos sistémicos. “España 2010. Un Balance” Economistas, nº 126, año 2011.

- GOMEZ JIMENEZ, Ignacio Luis (2008): Un análisis sobre el enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a los Establecimientos Permanentes. Documento de Trabajo nº 25/08. Instituto de Estudios Fiscales.
- GONZALEZ CARCEDO, Javier (2003): El comercio electrónico internacional y la tributación directa: Reparto de la potestad tributaria. *Crónica Tributaria*, nº 106.
- GONZALEZ MOTA, Emiliano (2014): Reforma y estabilización del sector bancario español. “España 2013. Un Balance”, *Economistas*, nº 138/130, año 2014.
- GONZALEZ POVEDA, Victoriano (1992): Convenio entre el Reino de España y Estados Unidos de América. Editorial CISS.
- GUTIERREZ LOUSA, Manuel y RODRIGUEZ ONDARZA, José Antonio (2007): Comercio electrónico y establecimiento permanente. *Impuestos*, nº 23.
- HORST, THOMAS (2011): *How to Determine Tax-Deductible, Debt-Related Cost for a Subsidiary. Tax Notes International*, volumen 62, nº 7, 16 de mayo de 2011.
- HORTALÁ I VALLVÉ, Joan (2002): Nueva fiscalidad para los establecimientos permanentes financieros en el Reino Unido, *Carta Tributaria*, nº 15.
- JIMENEZ – VALLADOLID, Domingo J. y VEGA BORREGO, Félix A. (2010): Filialización de Establecimientos Permanentes y métodos para eliminar la doble imposición. *Estudios Financieros, Revista de contabilidad y tributación*, nº 331.
- JONES RODRIGUEZ, Luis (2011): Precios de Transferencia y Reestructuración de Grupos multinacionales. *Crónica Tributaria* 14/2011.
- KOBETSKY, Michael (2011), *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*. Cambridge University Press.
- KPMG (2005): *Branch Capital Attribution for Banks. A Surrey of International practice*. Octubre.

KPMG (2006): *Transfer Pricing Services. Attribution of Profits to PEs. Part II: traditional Banking.*

KPMG (2010): *Branch Capital Attribution for Banks. A Surrey of International practice.* Diciembre.

KUPPENS, OOSTERHOFF (2006): *Business Restructuring and Permanent Establishments. International Transfer Pricing Journal*, julio, agosto.

LAMPREAVE MARQUEZ, Patricia (2013): Las ayudas de Estado al sector financiero desde la perspectiva de la Unión Europea (2008/2013). *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad* 8/2013.

LONGARTE CIFRIÁN, Ignacio (2011): Capítulo 11, “Atribución de beneficios a establecimientos permanentes”, en “Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: Valoración y documentación. Supuestos prácticos; doctrina y jurisprudencia: especial referencia a Pymes”. Dirección Néstor Carmona, Editorial CISS.

LOPEZ RIBES, Silvia (2009): Procedimientos amistosos en materia de imposición directa. Documento nº 7/09. Instituto de Estudios Fiscales.

LOPEZ RIBES, Silvia (2010): Procedimientos Amistosos y de Arbitraje, Capítulo XXI, en Los principios de aplicación de los tributos en el ámbito interno y en el de la fiscalidad internacional. Coordinador Alejandro Menéndez Moreno. Price Waterhouse. Lex Nova.

MAROTO SAEZ, Amelia (2009): Estudio de las operaciones realizadas entre casa Central y Establecimientos Permanentes. *Crónica Tributaria* 131/2009. Prepublicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Documento nº 6/2008.

MARTIN, Enrique y VALERO, Francisco J. (2011): Basilea III: nuevo marco para la solvencia de las entidades de crédito. “España 2010. Un Balance”, *Economistas*, nº 126, año 2011.

- MICHAEL SACRISTÁN, Silvia (2008): El impacto de la vinculación fiscal en las relaciones establecimiento permanente-casa central. La acreditación de los gastos de la casa central imputados. Cuadernos de Formación nº 5. Instituto de estudios Fiscales.
- MIRPLEES, James (2013): Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- MOLÉS PALLEJA, Pedro (2008): El impacto de la vinculación fiscal en las relaciones establecimiento permanente -casa central; la acreditación de los gastos de la casa central imputados. Volumen 5/2008, Colaboración 8/08. Instituto de Estudios Fiscales.
- OCDE (1993): Cuestiones de Fiscalidad Internacional. Número 5 Modelo de Convenio Fiscal: La atribución de rentas a los establecimientos permanentes. OCDE, París.
- OCDE (1995): *Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OCDE, París. Versión en español (2003): Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones Tributarias, OCDE, París.
- OCDE (2010): *Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OCDE, París. Versión en español (2011): Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones Tributarias, OCDE, París.
- OCDE (2002): Part II: *Special considerations for applying the working hypothesis to permanent establishments (PEs) of banks, Working Party nº 6 on the Taxation of Multinational Enterprises*, OCDE, París.
- OCDE (2005): *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE, París. Versión española: Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.

OCDE (2008): *Report on the attribution of profits to permanent establishments. Parts I (General Considerations), II (Banks), III (Global Trading) y IV (Special considerations for applying the authorised oecd approach to permanent establishments of insurance companies)*, OCDE, París.

OCDE (2008): *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE, París. Versión española: Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta.

OCDE (2008): *Report Survey into the role of Tax Intermediaries*, OCDE, París.

OCDE (2009): *Report Building Transparent Compliance by Banks*, OCDE, París.

OCDE (2010): *Report Addressing tax risks involving Bank Losses*, OCDE, París.

OCDE (2010): *Report on the attribution of profits to permanent establishments. Parts I (General Considerations), II (Banks), III (Global Trading) y IV (Special considerations for applying the authorised oecd approach to permanent establishments of insurance companies)*, OCDE, París.

OCDE (2010): *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE, París. Versión española: Modelo de Convenio Tributario sobre la renta.

OCDE (2013): *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OCDE, París. Versión Española.

OCDE (2014): *Update Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE, París. Versión inglesa.

OLALDE MARTIN, Tomás y otros: *El Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos*, Carta tributaria, nº 107, enero 1990.

PAMPILLÓN, Rafael y NAVARRO Blanca (2012): *El proceso de reestructuración del sector bancario. España 2012. Un balance*, Economistas, nº 135, año 2012.

PARDO CARMONA M. y LOPEZ RIBES S. (2009): Comentarios sobre la regulación reglamentaria de los procedimientos amistosos en materia de imposición directa. Impuestos, febrero 2009.

PAREJO GÁMIR, José Alberto y CALVO BERNARDINO, Antonio (2012): Ética y política financiera en una economía en crisis. “España 2012. Un Balance”, Economistas, nº 135, año 2012.

PRICE WC (2010): *Clarifying the rules. Permanent establishments in the financial services sector.*

PRICE WC (2011): *International Transfer Pricing.*

PRICE WC (2012): *International Transfer Pricing.*

PRICE WC (2012): Gestión de Instrumentos y financiaciones subordinadas: Régimen y cuestiones prácticas. Unidad de Regulación Financiera, Octubre.

PRICE WC (2012): *Clarifying the rules. Sustainable transfer pricing in the financial services sector.*

PRICE WC (2012): *Permanent Establishments 2.0. At the heart of the matter.*

PRICE WC (2013): *Navigating the complexity. Findings from the financial transactions transfer pricing global survey.*

PRICE WC (2013): Análisis de la Unión Europea sobre el proceso de reestructuración del sector financiero español: “Occasional papers”. Revisiones periódicas dentro del programa de asistencia para la recapitalización de las entidades financieras.

- RIEDY, James A., ANWAR, Nabeel and WRIGHT, Deloris R. (2010): *Pricing of a Guarantee Fee in a Related – Party Context. International Transfer Pricing Journal*. Julio, agosto 2010.
- REIMER, Ekkehart, URBAN, Nathalie y SCHMID, Stefan (2012): *Permanent Establishments: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective. Kluwer Law International*.
- RODRIGUEZ de CODES ELORRIAGA, Elena (2011): Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital. Estabilidad Financiera nº 19, año 2011.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Rosa; RUIZ MALLORQUÍ, M<sup>a</sup> Victoria y SANTANA MARTÍN, Domingo J. (2000): Precios de transferencia internos en sucursales bancarias: su incidencia en resultados analíticos, Partida Doble, nº 3.
- ROJO, Ángel (2003): El establecimiento mercantil, en MENÉNDEZ, A. (director), Lecciones de Derecho Mercantil, Lección 6, Thomson-Civitas, Madrid.
- ROLDAN, José María y PEREZ CID, Daniel (2011): El nuevo impulso regulatorio. “Crisis: Lecciones y Reformas”. Economistas, nº 128, año 2011.
- RUSSO, Raffaele (2005): “La aplicación del principio *Arms’ Lenght* a las operaciones dentro de una misma empresa: vuelta a los orígenes”, Quincena Fiscal, nº 14.
- RUSSO, Raffaele (2005): *The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The Taxation of Intra-company Dealings*. IBFD.
- SAINZ, Jesús (2014): Sistema financiero y financiación empresarial. “España 2013. Un Balance”, Economistas, nº 138/139, año 2014.
- SANZ CABALLERO, Juan Ignacio (2000): Derivados financieros, Marcial Pons, Madrid.
- SANZ GADEA, Eduardo (2008): Operaciones vinculadas. Perspectivas contable y fiscal. Las Monografías de la ventana, nºs 13 y 14.

SANZ GADEA, Eduardo (2009): Medidas Antielusión Fiscal. Instituto de Estudios Fiscales, Documento 8/09.

SANZ GADEA, Eduardo (2010): La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Crónica Tributaria, nº 136.

SANZ GADEA, Eduardo (2011): El Impuesto sobre Sociedades. ¿Un impuesto en crisis?. Crónica tributaria: Boletín de Actualidad 9/2011.

SANZ GADEA, Eduardo (2012): Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades. Revista Contabilidad y Tributación, nº 355.

SANZ GADEA, Eduardo (2012): La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales. Reflexiones bajo el Real Decreto Ley 12/2012. Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad nºs 5 y 6 de 2012.

SANZ GADEA, Eduardo (2013): Análisis de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Instituto de Estudios Fiscales.

SANZ GADEA, Eduardo (2014): El Impuesto sobre Sociedades en 2013 (I). Elenco de modificaciones. Establecimientos Permanentes. Revista Contabilidad y Tributación. CEF, nº 372 (marzo 2014).

SANZ GADEA, Eduardo (2014): El Impuesto sobre Sociedades en 2013 (II). Establecimientos Permanentes. Uniones Temporales. Revista Contabilidad y Tributación. CEF, nº 373 (abril 2014).

SERRANO ANTÓN, Fernando (2001): Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los Convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación, en Serrano Antón, F. (coordinador), Fiscalidad Internacional, Centro de Estudios Financieros.



SERRANO ANTÓN, Fernando (2002): Las medidas antiabuso en los Convenios para evitar la doble imposición internacional, Capítulo 3º, en Soler Roch, M.T. y Serrano Antón, F. (directores): Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

SERRANO ANTÓN, Fernando (2005): La cláusula de procedimiento amistoso en los Convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el Derecho Comparado. Crónica Tributaria, nº 114.

SERRANO ANTÓN, Fernando (2011): La resolución de conflictos en el Derecho internacional tributario o: procedimiento amistoso y arbitraje. Civitas Ediciones, SL.

SERRANO ANTÓN, Fernando (2013): Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanentes, Capítulo 6, en Serrano Antón, F. (Coordinador), Fiscalidad Internacional, Centro de Estudios Financieros.

SCHNORBEGGER S., ROSENKRANZ J. y GARCIA Manuel (2006): *Transfer pricing Documentation: The EU Code of Conduct Compared with Member States Rules. Intertax* , volumen 34, Issue 6/7.

TORRE DIAZ, Francisco de la (2013): Los créditos por activos fiscales diferidos en el RDL 14/2013. Actum nº 82, diciembre.

VARGAS, Fernando y LAMAMIE, José María (2011): La nueva Circular sobre solvencia de las entidades de crédito: Contenido e impacto sobre la labor supervisora del Banco de España. Estabilidad Financiera nº 15, año 2011.

VILLA GIL, José M. de la (1986): Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales, Instituto de Planificación Contable, Madrid.

- VILLASANTE, Pedro Pablo (2012): El año del saneamiento, recapitalización e inicio de la reestructuración definitiva del Sistema Bancario Español. “España 2012. Un Balance”, Economistas, nº 135, año 2012.
- VV. AA. (2004): Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. Fundación Pedro Barrié de la Maza. Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- VV. AA. (2005): Convenios Fiscales Internacionales. Editorial CISS.
- VV. AA. (2007): *Allocation of interest paid by foreing corporations*, en *Treatise, International taxation, CCH incorporated*.
- VV. AA. (2007): Manual de Fiscalidad Internacional. 3ª Edición. Dirección Teodoro Cordón Ezquerro. Instituto de Estudios Fiscales.
- VV. AA. (2009): El Nuevo Régimen de Operaciones Vinculadas. Consejo General del Poder Judicial.
- VV. AA. (2009): Las operaciones vinculadas. Análisis contable y fiscal. Carta Tributaria, septiembre.
- VV. AA. (2010): Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas), Dirección Teodoro Cordón Ezquerro. Ediciones CEF.
- VV. AA. (2010): El Impuesto sobre Sociedades. Editorial Aranzadi. Dirección José Antonio Rodríguez Ondarza.
- VV. AA. (2012): El régimen tributario de las operaciones vinculadas. LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero. Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros. Instituto de Estudios Fiscales.

W. DUSTIN GOLDSTEIN. (2000): Hay que tenerlo todo en cuenta: La operativa bancaria, la fiscalidad y el marco legal de una estructura de *Cash pooling* paneuropeo. *ASSET* nº 26.

WEST, P. R.; JANUKOWICZ, R. y JIE, W. A. (2001). *Attributing profits to a PE: a US perspective*, *International Tax Review*, vol 12, nº 7.

William W. Chip, Esq (2008): *Interpreting Tax Treaties after Natwest*. *Tax Management. International Journal*, Volumen 37, nº 6. 06/13/2008.

WILMSHURST, Paul (2012): *Dealing with implicit support in relation to intra-group debt. Insights: Transfer Pricing*. Charles River Associates.



